



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

장기요양요원의 법적 지위

2019년 2월

서울대학교 대학원

법 학 과

오 대 영

장기요양요원의 법적 지위

지도교수 김 복 기

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2019년 4월

서울대학교 대학원

법학과 사회보장법 전공

오 대 영

오대영의 박사 학위논문을 인준함

2019년 6월

위 원 장 _____(인)

부위원장 _____(인)

위 원 _____(인)

위 원 _____(인)

위 원 _____(인)

국문초록

우리나라는 2008년 7월 노인장기요양보험을 도입하였는데, 이는 고령화에 대한 제도적 대응임과 동시에 더 이상 노인 돌봄의 책임을 개인과 가족에게만 부담시키지 않고 그 책임을 국가와 사회공동체가 공적으로 나누어 부담하겠다는 사회적 책임의 선언이기도 하다. 장기요양보험제도 내에는 여러 행위자들이 있는데 장기요양요원은 장기요양보험의 최일선에서 돌봄을 제공하는 위치에 있을 뿐만 아니라 장기요양보험을 둘러싼 여러 관계들의 중심에 있다.

노인장기요양보험의 도입으로 천명한 바와 같이 노인에 대한 돌봄은 사회적 책임이고, 이러한 사회적 책임은 광의의 돌봄 제공자들에게 합리적으로 분배되어야 한다. 장기요양기관은 수급자와 장기요양급여제공계약을 체결하기만 하면 되는 것이 아니라 수급자에게 양질의 급여가 제공될 수 있도록 역량을 갖춘 장기요양요원을 고용하고 교육하며 이들의 급여 제공을 지휘·감독하여 제공자로서의 역할을 다하여야 하고, 장기요양요원은 자신의 지식과 경험을 바탕으로 수급자에게 필요한 적절한 급여를 제공하여야 하며, 결국 이들 장기요양기관과 장기요양요원은 국가가 조성해 놓은 장기요양보험의 체계와 규칙의 틀 속에서 움직이게 되므로 국가는 이를 제대로 조성하고 규제 및 지원할 궁극적인 책임을 진다.

본 논문에서는 장기요양보험제도의 지속가능한 발전을 위해서는 장기요양요원과 장기요양보험제도 내의 다른 주체들과의 법적인 관계 및 장기요양요원의 법적 지위에 대한 검토가 중요하다는 문제의식 하에 장기요양요원과 장기요양기관, 수급자 및 그 가족, 국가 및 지방자치단체와의 관계를 차례로 검토하였다.

우선 장기요양요원과 장기요양기관 사이의 관계는 근로계약 관계에 해당하고 장기요양기관은 장기요양요원의 사용자로서 근로자를 보호하기 위해 마련된 근로기준법을 비롯한 각종 노동 관계법령상의 의무를 이행할 책임을 부담하지만 이러한 의무가 이행되지 않는 경우가 많다. 장기요양요원은 근로자이기 때문에

노동 관계법령상의 보호를 받아야 한다.

그런데 장기요양요원의 돌봄노동은 사용자인 장기요양기관과의 관계에서 근로자인 장기요양요원을 보호하는 측면만 살펴보는 것만으로 충분하지 않고, 돌봄을 필요로 하는 취약성을 지니고 있으면서도 한편으로는 장기요양요원에 대해 선택권을 행사하고 업무외행위를 강요하기도 하는 수급자와의 복합적 관계가 고려되어야 한다. 장기요양요원과 수급자 사이에는 직접적인 계약관계가 존재하지 않고, 장기요양요원은 장기요양기관의 근로자이지 수급자의 근로자가 아님에도 수급자 또는 수급자의 가족이 장기요양요원을 본인들이 고용한 근로자 즉 가사사용인으로 잘못 생각하는 경우가 많기 때문에 업무외행위의 강요 등 문제가 발생하는 측면이 있다. 수급자가 받는 급여의 질을 향상시키고 취약한 약자로서의 수급자의 이익을 보호하기 위한 수급자의 선택권의 순기능은 존중되어야 하겠지만 선택권의 행사 범위와 한계에 대한 인식 확대 또한 요구된다. 선택권이 허울뿐인 것으로 전락하지 않기 위해서는 수급자에 대한 충분한 정보 제공과 교육, 수급자와 장기요양요원 사이의 활발한 의사소통, 건실한 장기요양기관의 양성이 필요하다는 점 역시 간과되어서는 아니 된다.

한편 장기요양급여의 질을 개선하고 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원의 삶의 질을 향상시키기 위해서는 장기요양보험의 공공성 확대가 요구된다. 영세한 민간 장기요양기관에게 수급자에게 제공하는 급여의 질을 향상시키기 위한 경쟁과 장기요양요원의 고용 안정을 기대하기 어렵기 때문이다. 장기요양보험제도를 통한 노인 돌봄의 사회화가 의미하는 것은 국가와 사회가 노인 돌봄을 책임진다는 것이므로, 부분적으로 진행된 노인 돌봄의 사회화를 확대하려는 국가와 지방자치단체의 적극적인 노력이 요구된다.

장기요양은 개인이나 가족의 문제가 아니고 우리 사회가 함께 책임져야 할 공공의 문제이다. 돌봄노동의 특성은 일의 완성, 업무의 처리 등을 목적으로 하는 여타의 노동과는 달리 인간을 목적으로 하는 인간의 노동이라는 점이다. ‘인간을 인간으로 대접하는 것’, ‘생명을 생명으로 존중하는 것’이 돌봄노동의 중심과제가 되어야 한다. 이러한 과제는 돌봄을 필요로 하는 수급자뿐만 아니

라 수급자를 돌보는 장기요양요원에 대해서도 실현되어야 함은 물론이다.

주요어 : 노인 돌봄, 노인장기요양보험법, 장기요양요원, 선택권, 공공성 강화, 돌봄을 받을 권리

학 번 : 2009-30346

목 차

국문초록

제1장 서론	1
제1절 문제의 제기	1
제2절 연구의 방법과 구성	5
제2장 장기요양요원의 현실과 법적 지위 검토의 의의	8
제1절 장기요양요원의 의의와 연혁	8
1. 장기요양요원의 의의	8
2. 장기요양요원의 연혁	13
제2절 장기요양요원의 실태	22
1. 노인장기요양보험의 현실	22
2. 장기요양요원이 처한 구체적 현실	27
제3절 장기요양요원의 법적 지위 규명의 필요성	38
1. ‘사회적 위험’으로서의 노령과 ‘사회적 필요’로서의 돌봄	38
2. 노인장기요양보험법의 인간상	46
3. 장기요양요원의 법적 지위를 검토하는 이유	48
제3장 근로자로서의 장기요양요원	53
제1절 장기요양기관과의 관계	53
1. 장기요양요원의 근로자성	54

2. 장기요양요원의 근로자성과 관련된 개별 쟁점	57
제2절 개별적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위	65
1. 장기요양기관 및 장기요양요원의 권리의무 일반	65
2. 노동관계 성립 시의 쟁점	66
3. 노동관계 존속 중의 쟁점	68
4. 노동관계 종료 시의 쟁점	102
제3절 집단적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위	105
1. 노동조합및노동관계조정법상 근로자 해당 여부	105
2. 노동3권의 보장	106
제4절 사회보험 관계에서의 장기요양요원의 지위	109
1. 산재보험 관계	109
2. 고용보험 관계	114
3. 국민연금, 건강보험 관계	115
제4장 돌봄 제공자로서의 장기요양요원	117
제1절 수급자와의 관계	117
1. 장기요양급여 제공관계의 다중적 성격	117
2. 장기요양급여제공계약에 따른 급여 제공	118
3. 급여 해석 기준으로서의 장기요양급여 제공 기본원칙	123
4. 수급자의 선택권과 업무외행위	126
5. 수급자와의 사적 계약을 통한 돌봄 제공이 허용되는지	140
제2절 수급자의 보호	143
1. 수급자의 권리 보호와 인권 침해	143
2. 장기요양요원의 의무와 책임	147
3. 장기요양요원에 대한 교육 강화 필요성	160
제3절 장기요양요원의 보호	164

1. 부당한 업무 요구로부터의 보호	164
2. 인권 침해로부터의 보호	166
3. 수급자에 대한 인권교육의 필요성	176
제5장 사회보장전달체계의 전달자로서의 장기요양요원	178
제1절 국가와의 관계	179
1. 장기요양요원에게 국가가 미치는 영향	179
2. 행정입법의 통제 필요성	202
3. 장기요양보험의 공공성 강화	204
제2절 지방자치단체와의 관계	211
1. 조례를 통한 장기요양요원 처우 및 지위에 관한 규율	211
2. 장기요양요원지원센터의 설치 및 실질적 운영 확대 필요성	217
제3절 장기요양요원의 사회보장행정 참여	220
제6장 결론	223
참 고 문 헌	228
Abstract	241

표 목차

[표 1] 방문요양 급여비용	69
[표 2] 인건비 지출비율	181
[표 3] 시간당 급여비용 대비 인건비 지출비율에 따른 인건비	197

그림 목차

[그림 1] OECD 국가의 GDP 대비 장기요양지출 비율	26
[그림 2] 노인 인구 100명당 장기요양 제공자 비율	29

제1장 서론

제1절 문제의 제기

돌봄¹⁾을 필요로 하는 사람은 어느 시대에도 존재해 왔다. 그리고 전통적으로 돌봄을 필요로 하는 사람에 대한 돌봄의 제공은 가족에게 맡겨져 있었다. 그런데 근래 의료·과학기술과 경제의 발전으로 인한 수명 연장으로 노인 인구가 급격하게 늘어나고 있고, 이러한 노인 인구의 증가는 역사상 유례를 찾기 힘든 새로운 현상이다. 노인 인구의 증가로 돌봄 수요가 급증하는 데 반하여 핵가족화와 가족 내에서 돌봄을 주로 담당해왔던 여성의 사회 참여 확대²⁾로 인해 가

-
- 1) ‘care’, ‘caring’에 대해 철학 분야에서는 ‘보살핌’이라는 용어를 사용해 왔고, 보살핌을 주고받는 관계가 ‘보고 살피다’라는 의미를 담고 있어 care 관계의 전형인 어머니와 아이 관계의 ‘care’에 더 가까운 번역어라는 견해가 있다(허라금, “관계적 돌봄의 철학: ‘필요의 노동’을 넘어 ‘정치적 행위’로”, 『사회와 철학』 제35집, 2018, 70면). ‘보살핌’이라는 용어가 ‘care’에 내재된 인격적 특징 예를 들어 관심, 정성, 측은지심, 상호작용 같은 것들을 더 잘 포착하는 측면이 있다고 생각한다. 다만 여기에서는 국내의 관련 논의에서 주로 활용되는 용어인 ‘돌봄’을 사용하기로 한다. 한편 사회보장기본법이 2012. 1. 26. 법률 제11239호로 일부개정되면서 사회서비스의 내용으로 ‘돌봄’을 규정하고(제3조 제4호), 아이돌봄 지원법이 2012. 2. 1. 법률 제11288호로 제정되어 2012. 8. 2. 시행됨으로써 ‘돌봄’은 법률에서 사용되는 용어가 되었지만 그 의미에 대한 정의규정은 존재하지 않는다. 아이돌봄 지원법은 아이돌봄을 지원하여 ‘아이의 복지증진’ 및 ‘보호자의 일·가정 양립을 통한 가족구성원의 삶의 질 향상’과 ‘양육친화적인 사회환경 조성’을 목적으로 하고(동법 제1조), ‘아이돌봄서비스’란 아이의 주거지 등에서 개별적으로 제공하는 보호 및 양육 등의 서비스를 의미한다(동법 제2조 제3호). 아이돌봄에서의 ‘보호 및 양육’ 중 ‘보호’는 일반적인 돌봄의 내용을 구성할 것으로 보이지만 ‘양육’은 아이에게 특화된 돌봄의 내용으로 여겨진다.
- 2) 2019. 5. 기준 여성의 경제활동참가율은 54.2%이다(통계청, “성별 경제활동인구 총괄”, 2019). <http://kostat.go.kr/wsearch/search.jsp> (최종방문일: 2019. 6. 30.)

족의 돌봄 제공자로서의 역량은 점점 약화되고 있다. 그에 더하여 결혼 및 출산율³⁾이 동반 하락하고 노인 1인가구가 증가하면서 가족으로부터의 돌봄을 아예 기대하기 어려운 사람의 수도 증가하고 있는 상황이다.

이러한 상황 속에서 우리나라는 2008. 7. 노인장기요양보험을 도입함으로써 노인에 대한 돌봄을 보편적 제도화 하였다. 이전까지는 노인에 대한 사회적 돌봄은 일부 저소득층 노인에 대해서만 선별적으로 제공되고 있었는데, 사회보험인 노인장기요양보험을 도입함으로써 돌봄을 필요로 하는 노인이라면 즉 노령으로 인한 돌봄 필요가 인정되면 소득 수준에 관계없이 돌봄을 받을 수 있게 한 것이다. 이처럼 장기요양보험은 고령화에 대한 제도적 대응임과 동시에 더 이상 노인 돌봄의 책임을 개인과 가족에게만 부담시키지 않고 국가와 사회공동체가 공적으로 나누어 부담하겠다는 사회적 책임의 선언이기도 하다.

장기요양보험제도 내에는 여러 행위자들이 있는데 그들 중에서 노인은 돌봄을 받을 권리를 향유하는 ‘돌봄 수급자⁴⁾’에 해당하고, 국가, 지방자치단체, 건강보험공단, 장기요양기관, 장기요양요원, 그리고 사회공동체는 돌봄의 사회적 책임을 이행하는 ‘광의의 돌봄 제공자’에 해당된다. 국가, 지방자치단체는 장기요양보험제도를 형성, 변경하고 이를 지원 및 감독하며, 건강보험공단은 장기요양보험제도를 운영하고 장기요양기관을 평가하며, 장기요양기관은 수급자와 장기요양급여제공계약을 체결하여 수급자에게 급여를 제공할 계약상 채무를 부담하고, 장기요양요원은 장기요양기관에 고용되어 장기요양기관의 지시에 따라 수급자에게 직접적으로 급여를 제공한다. 사회공동체는 보험공동체⁵⁾로서 장기

3) 가임여성 1명이 평생 동안 낳을 것으로 예상되는 평균 출생아 수를 나타내는 지표인 ‘합계 출산율’은 2012년 1.297에서 2017년 1.052로 떨어졌다(출처: e-나라지표). http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1428 (최종 방문일: 2019. 6. 30.)

4) 사회보장수급권의 권리성을 강조하는 입장에서 수급권자라는 표현을 사용할 수도 있으나, 이 논문에서는 노인장기요양보험법 제6조의2 제1항 제2호에서 ‘장기요양등급판정위원회의 판정에 따라 장기요양급여를 받을 사람’을 수급자라고 정하고 있는 것에 따라 수급자라고 표기하기로 한다.

5) 강제가입을 통하여 보험가입자들이 형성하는 보험공동체를 연대공동체라고 부

요양보험의 재정적 기초인 보험료를 납부함으로써 장기요양보험제도가 운영될 수 있도록 한다. 즉 국가는 장기요양기관과 장기요양요원을 통해 간접적으로 수급자에게 돌봄을 제공하는데, 이러한 관계 속에서 장기요양요원은 장기요양보험의 최일선에서 돌봄을 제공하는 위치에 있을 뿐만 아니라 장기요양보험을 둘러싼 여러 관계들의 중심에 있다.

노인장기요양보험의 도입으로 천명한 바와 같이 노인에 대한 돌봄은 사회적 책임이고, 이러한 사회적 책임은 광의의 돌봄 제공자들에게 합리적으로 분배되어야 한다. 장기요양기관은 수급자와 장기요양급여제공계약을 체결하기만 하면 되는 것이 아니라 수급자에게 양질의 급여가 제공될 수 있도록 역량을 갖춘 장기요양요원을 고용하고 교육하며 이들의 급여 제공을 지휘·감독하여 제공자로서의 역할을 다하여야 하고, 장기요양요원은 자신의 지식과 경험을 바탕으로 수급자에게 필요한 적절한 급여를 제공하여야 하며, 결국 이들 장기요양기관과 장기요양요원은 국가가 조성해 놓은 장기요양보험의 체계와 규칙의 틀 속에서 움직이게 되므로 국가는 이를 제대로 조성하고 규제 및 지원할 궁극적인 책임을 진다.

그런데 이 관계 속에서 근로자로서의 보호를 받으려는 장기요양요원과 직업의 자유와 재산권을 바탕으로 이윤을 추구하려는 장기요양기관 사이에, 돌봄을 받을 권리를 바탕으로 선택권을 행사하려는 수급자와 급여 제공에 있어서의 인격권, 전문성, 재량을 인정받으려는 장기요양요원 사이에, 그리고 수급자의 생명, 신체에 대한 보호의무를 부담하는 장기요양기관과 수급자의 인격권, 신체의 자유 사이에 가치의 대립과 충돌이 발생하게 된다.

그럼에도 사회보험인 장기요양보험제도의 공공성을 제고하고 장기요양보험에서 발생하는 이해관계와 갈등의 적극적 조정자의 역할을 하여야 할 국가는, 민간 장기요양기관을 용이하게 설립할 수 있도록 하여 장기요양기관이 양적으로 급속히 증가하게 하여 이들에게 급여의 제공을 맡기고, 요양보호사 자격증 취

르기도 한다(장승혁, “사회보험법과 사회연대 원리”, 서울대학교 박사학위논문, 2017, 171면).

득을 위한 기준을 낮게 설정하여 자격증 보유자 수를 급격하게 늘리며, 민간 장기요양기관들 간의 경쟁 및 수급자의 선택권 행사를 통해 급여의 질을 제고 하겠다는 명분하에 수급자, 장기요양기관, 장기요양요원 사이의 갈등 상황을 방치하고 장기요양급여의 질 제고, 장기요양요원의 보호, 건전한 장기요양기관의 양성 등의 책임을 소홀히 하고 있다. 그 결과 영세한 규모의 장기요양기관의 난립, 장기요양요원의 낮은 처우, 수급자의 장기요양급여에 대한 낮은 이해와 제대로 관리되지 않는 급여의 수급이라는 부정적 현상이 나타나고 있는 것이다. 현재 장기요양요원 중 요양보호사는 저임금인데다가 업무 자체가 고되고 부상 발생의 위험도 높으며 폭언, 성희롱을 당하는 경우도 잦고 업무 범위 외의 일을 강요받는 경우도 많은 열악한 일자리로 자리매김하고 있다.

그럼에도 장기요양요원의 법적 지위에 대한 기존의 연구들은 요양보호사가 ‘장기요양요원의 지위, 처우 및 지위를 보장 받을 권리’, ‘공무원 보수수준을 보장받을 권리’가 있다고 기술하거나⁶⁾, 노동법적 관점에서 근로자성의 측면에서만 접근하거나⁷⁾, 돌봄노동자, 간병인 등 보다 넓은 범위의 돌봄노동자의 근로자성을 다루었을 뿐⁸⁾, 장기요양기관, 수급자, 국가와의 관계에서의 장기요양요원의 법적 지위에 대해 노동법과 사회보장법을 포괄한 법적 관점에서 구체적으로 분석한 연구는 찾기 어려웠다.

이 논문은 장기요양보험제도를 둘러싼 여러 관계의 중심에 있는 직접적 돌봄 제공자인 장기요양요원이 차지하는 중요성에 비추어 장기요양요원에 대한

6) 김광병·심의경, “요양보호사의 법적지위에 관한 연구”, 『사회복지법제연구』 제8권 제1호(통권 제9호), 사회복지법제학회, 2017.

7) 김정희·김태동, “요양보호사의 근로자성과 법적지위 검토”, 『사회복지법제연구』 제9권 제1호(통권 제11호), 2018; 이영배, “요양보호사의 근로자성”, 『노동법학』 제35호, 한국노동법학회, 2010.

8) 박은정, “돌봄노동자의 근로자성”, 『이화젠더법학』 제2권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011; 윤애림, “간병인의 근로자성과 노동법적 보호 방안”, 『노동법학』 제48호, 한국노동법학회, 2013. 아이돌보미의 근로자성과 법적 지위에 관한 논의로는, 이율경, “아이돌보미의 법적 지위와 쟁점”, 『사회법연구』 제35호, 2018. 참조.

근무환경, 처우가 열악하고 이들에 대한 사회적 보호가 이루어지지 않는 상황에서는 수급자에 대한 급여의 질도 개선되기 어려우며 장기요양보험제도의 지속가능성도 담보되기 어렵다는 기본적인 문제의식을 가지고, 장기요양요원을 둘러싼 여러 관계들을 차례로 검토하면서 각 해당되는 부분에서 위와 같은 가치의 갈등 상황의 조화로운 해결방안을 모색하고자 한다. 이러한 연구 과정에서 장기요양보험제도는 노인에게 돌봄을 제공하여 ‘노인의 건강증진과 생활안정을 도모’하는 것을 주된 목적으로 하므로 궁극적으로 수급자에게 더 나은 돌봄을 제공하는 데 기여하는지 여부가 중요한 기준으로 고려될 것이다.

즉 이 논문은 현행 노인장기요양보험법(이하 “노인장기요양보험법” 또는 “법”이라고 한다)상의 장기요양요원의 현실을 바탕으로 장기요양요원의 근로자로서의 지위, 돌봄 제공자로서의 지위, 사회보장전달체계의 전달자로서의 지위 등에 대한 검토를 통해 장기요양기관, 수급자 및 그 가족, 국가 및 지방자치단체와의 관계에서의 장기요양요원의 법적 지위를 규명하고, 그와 관련된 여러 법적 문제의 해결을 모색함으로써 장기요양보험제도의 지속가능성을 높이고, 궁극적으로 수급자에게 보다 좋은 돌봄이 제공되도록 하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 방법과 구성

이 연구는 위와 같은 목적을 위하여 다음과 같이 구성된다.

제2장에서는 장기요양요원 중에서 다수를 차지하는 요양보호사를 중심으로 장기요양요원의 의의, 연혁, 실태를 분석한 후, 돌봄은 인간의 보편적 경험이고 모든 인간에게는 돌봄을 받을 권리와 함께 돌봄의 의무와 책임이 있다는 점을 살펴본다. 나아가 장기요양보험제도가 지속가능하게 하고 장기요양급여의 질을 제고하며 지역사회돌봄을 강화하여 노인의 돌봄을 받을 권리를 보장하기 위해서는 장기요양요원의 법적 지위를 규명할 필요가 있다는 점을 밝힌다.

제3장에서는 장기요양요원과 장기요양기관 사이의 관계와 관련하여 장기요양요원의 근로자성에 관하여 검토한다. 장기요양기관은 장기요양요원의 사용자로서 근로자를 보호하기 위해 마련된 근로기준법을 비롯한 각종 노동 관계법령상의 의무를 이행할 책임을 부담하는데, 이와 관련된 구체적 쟁점들을 개별적 근로관계, 집단적 근로관계, 사회보험관계로 나누어 살펴본다.

제4장에서는 수급자와 장기요양요원 사이의 관계에서는 돌봄을 필요로 하는 취약성을 지니고 있으면서도 한편으로는 장기요양요원에 대해 선택권을 행사하고 업무외행위를 강요하기도 하는 수급자와의 복합적 관계를 고려하여야 한다는 점을 지적한다. 이어서 장기요양요원의 급여의 해석 기준으로서의 장기요양급여 제공 기본원칙에 대해서 살펴보고, 수급자의 선택권의 범위와 한계에 대해 검토한다. 이어서 수급자 보호, 장기요양요원의 보호를 위한 조치들에 대해서도 살펴본다.

제5장에서는 장기요양요원과 장기요양기관과의 관계, 장기요양요원과 수급자의 관계를 궁극적으로 형성하고 조정하는 것은 국가이므로 장기요양요원에게 국가가 미치는 영향에 대해 살펴보고 이러한 국가의 영향력에 비추어 볼 때 장기요양보험제도의 공공성 강화가 필요하다는 점을 밝힌다. 아울러 조례와 장기요양요원지원센터를 중심으로 지방자치단체와 장기요양요원의 관계에 대해 살펴본다. 마지막으로 장기요양보험제도의 주체 중 하나인 장기요양요원에 대해 장기요양 정책 및 제도설계 과정에 참여할 절차적 권리를 보장하여야 한다는 점을 서술한다.

제6장에서는 이제까지의 논의를 정리한 후 장기요양요원의 처우를 개선하고 노인의 돌봄을 받을 권리를 충실히 보장하기 위해서는 장기요양보험에 대한 국고 지원 비율을 확대할 필요가 있으며, 장기요양요원에 대한 사회적 인식의 개선을 위해서 장기요양요원의 처우 개선뿐만 아니라 전문성 강화, 지속적인 홍보 등 종합적인 조치가 필요하다는 점을 제시한다.

위와 같은 연구 과정에서 기본적으로 문헌조사, 법해석적 방법론을 활용하고, 현행 제도의 개선방안을 위한 시사점이 필요할 경우 외국의 법제도와 비교하

는 비교법적 방법론을 활용하고자 한다. 그리고 문헌조사를 통한 실태 파악을 보완하고 현장에서 적용 가능한 대안 제시를 위해 인터뷰를 통한 질적 연구방법을 활용하였다.⁹⁾

9) 2019. 5. 14. 오후 서울시 전체를 총괄하는 서울시 어르신돌봄종사자 종합지원 센터에서 센터장과 인터뷰를, 2019. 5. 21. 오후 경기도 소재 노인복지관 내에 설치된 재가노인지원서비스센터에서 위 센터 운영담당자와 인터뷰를 실시하고, 실제 사용하고 있는 요양보호사 근로계약서 사본 23부를 입수하여 그 내용을 분석하였다.

제2장 장기요양요원의 현실과 법적 지위 검토의 의의

제2장에서는 장기요양요원의 법적 지위를 검토하기 위한 전제로서 장기요양요원의 의의와 역사적 연혁에 대해 간략히 살펴본다. 간병인, 장애인활동지원인력 등 유사개념과의 비교를 통해 장기요양요원의 개념을 분명히 드러내고 장기요양 및 장기요양요원 관련 제도의 연혁을 소개한다(제1절). 다음으로, 장기요양 수요가 급속히 증가하고 있는 현실과 높은 이직률, 저임금, 업무상 재해, 업무외행위의 강요, 폭언, 성희롱 등의 어려움을 겪고 있는 장기요양요원의 실태를 제시한다(제2절). 나아가 보편적 사회적 위험으로서의 노령으로 인한 돌봄의 필요를 충족 받기 위해 돌봄을 받을 권리의 보장, 돌봄의 사회적 책임이 필요하다는 점을 살펴보고, 의존적 존재로서의 인간에 대한 노인장기요양보험의 인간상에 대하여 밝힌 후, 장기요양보험의 지속가능성, 급여의 질 제고, 지역사회돌봄 강화의 측면에서 장기요양요원의 법적 지위 검토의 의의에 대하여 서술한다(제3절).

제1절 장기요양요원의 의의와 연혁

1. 장기요양요원의 의의

가. 장기요양요원의 개념

(1) 노인장기요양보험법상 정의

‘장기요양요원’이란 장기요양기관에 소속되어 노인등의 신체활동 또는 가

사활동 지원 등의 업무를 수행하는 자를 의미한다(법 제2조 제5호). 즉 장기요양요원은 (i) ‘장기요양기관’에 ‘소속’되어, (ii) 노인등 즉 ‘65세 이상의 노인’ 또는 ‘65세 미만의 자로서 치매·뇌혈관성질환 등 대통령령으로 정하는 노인성 질병을 가진 자’에 대하여,¹⁰⁾ (iii) ‘신체활동·가사활동의 지원 또는 간병 등의 업무’¹¹⁾를 수행하는 사람으로 개념 지을 수 있다. 그리고 장기요양요원으로 근무하기 위해서는 아래에서 보는 바와 같이 (iv) 요양보호사¹²⁾, 사회복지사, 간호사, 물리치료사 등의 공인된 자격이 요구된다.

(2) 유사 직역과의 구별

(가) 간병인

‘간병인’이라 불리는 돌봄 노동자는 다양한 의료기관과 사회복지 서비스 제도 속에서 활동하고 있지만, 직업 자격이나 업무 내용이 표준화되어 있지 않으며, 현재 우리 사회에서 간병 노동이 주로 사용되는 영역은 첫째, 노인장기요양보험제도에 따라 이루어지는 요양보호사의 간병 노동, 둘째, 급성기 병원¹³⁾과 요양병원 등 의료기관에서 활동하는 간병 노동, 셋째, 사회서비스 일자리 바우처 사업 등 노인장기요양보험 수급자가 아닌 요양대상자로서 병원이 아닌 지역사회에 있는 사람들을 대상으로 이루어지는 간병 노동 등 세 가지이다.¹⁴⁾

10) 노인장기요양보험법 제2조 제1호.

11) 노인장기요양보험법 제2조 제2호.

12) 요양보호사는 요양보호사 교육기관에서 교육과정(신규자의 경우 총 240시간)을 마치고 시·도지사가 실시하는 요양보호사 자격시험에 합격하여야 자격을 취득할 수 있는데(노인복지법 제39조의2 제2항), 자격시험은 매년 2회 이상 실시하며 이 경우 시·도지사는 자격시험의 관리를 시험관리수탁기관에 위탁할 수 있다(노인복지법 시행규칙 제29조의2, 3). 현재 요양보호사 자격시험 관리는 한국보건 의료인국가시험원에서 위탁 받아 수행하고 있다(한국보건 의료인국가시험원 홈페이지 참조). 요양보호사 제도 도입 초기에는 교육이수만 하면 자격을 취득할 수 있었는데 요양보호사의 자질문제가 지속적으로 제기되면서 2010. 4. 26. 부터 자격시험을 통과한 자만 자격을 취득할 수 있도록 하였다.

13) 외래환자와 장기요양환자를 제외한 환자를 치료하는 병원을 의미한다.

위 첫 번째 영역(노인장기요양보험제도에 따라 이루어지는 요양보호사의 간병 노동)을 제외한 영역의 간병인의 경우 장기요양기관 소속이 아니고, 간병 대상이 노인등에 한정되지 않으며, 공인된 자격을 요구하지 않는다는 점에서 장기요양요원과 구별된다.¹⁵⁾ 간병인의 근로자성 인정 여부와 관련하여, 급성기 병원에서 근무하는 간병인의 대다수는 간병인협회, 직업소개소 등 민간 노동력 중개기구의 알선을 통해 취업하고 있고 병원의 업무 지시를 받는 경우가 많아서 근로자성이 인정되는지, 근로자성이 인정된다면 사용자가 누구인지가 문제되고 있다. 이에 대해 법원은 간병인협회를 간병인의 사용자로 볼 수 없다고 판시한 바 있고(대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도311 판결), 병원도 간병인의 사용자가 아니라고 판시하였는데(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두18448 판결), 고용노동부는 간병인협회가 간병인에 대한 사용자의 지위에 있다는 입장을 취하는 등(근로기준법-5557, 2006. 10. 10.) 급성기병원에서 근무하는 간병인의 근로자성 유무 및 사용자의 확정에 대해서는 논란이 지속되고 있다.¹⁶⁾

(나) 간병사, 케어복지사 등

협회 등 민간단체의 자체 규정에 따른 소정의 교육을 수료한 돌봄 노동자들이 간병인(대한적십자사, 60시간), 전문간병사(YWCA, 120시간), 케어복지사(한국케어복지협회, 1급은 협회에 등록되어 있는 회원대학에서 케어복지사 관련 과목 중 14과목을 이수하고 학위를 취득한 자 또는 케어복지사 2급 실무경력 3년 이상인 자, 2급은 200시간 이상의 교육과정 이수자) 등의 명칭으로 활동하

¹⁴⁾ 윤애립, 앞의 논문, 279면.

¹⁵⁾ 간병인의 숫자에 대해서는 간병인에 대한 공식적인 관리가 이루어지고 있지 않기 때문에 정확한 수치를 알 수 없으나, 공공운수노조 의료연대본부에 의하면 대형병원과 요양병원 등에서 환자를 돌보는 간병인은 2019년 현재 20만 명 내외라고 한다(한국일보, “빛내고 집 팔고... 문재인 케어에도 ‘간병 파산’ 여전”, 2019. 5. 13.).

<https://www.hankookilbo.com/News/Read/201905081190325837?did=NA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=> (최종방문일: 2019. 6. 1.)

¹⁶⁾ 윤애립, 앞의 논문, 287-295면.

고 있는데,¹⁷⁾ 이들도 장기요양기관 소속이 아니고, 노인등에 대해서만 돌봄을 제공하지 않으며, 공인된 자격을 요하지 않는다는 점에서 장기요양요원과 구별된다.

(다) 장애인 활동지원인력

장애인활동 지원에 관한 법률상 ‘활동지원인력’은 “활동지원기관에 소속되어 수급자에 대한 활동지원급여를 수행하는 사람”을 말하고(제2조 제7호), 수급자의 가정 등을 방문하여 신체활동, 가사활동 및 이동보조 등을 지원하는 ‘활동지원사’¹⁸⁾는 시·도지사가 지정한 활동지원사 교육기관에서 교육과정을 수료하거나, 요양보호사, 사회복지사, 간호사, 간호조무사의 자격을 갖추어야 한다(제16조 제1항 제1호, 제27조 제1항, 동법 시행령 제20조).

장애인 활동지원사는 활동지원기관에 소속되어 있다는 점에서는 장기요양요원과 유사하지만, 급여제공 대상이 장애인인 수급자라는 점, 급여 내용에 신체활동, 가사활동 뿐만 아니라 이동보조도 포함되어 있다는 점, 공인된 자격을 갖추지 않았더라도 활동지원사 교육기관의 교육과정을 수료하면 활동보조사로 활동할 수 있다는 점에서 장기요양요원과 차이가 있다. 위와 같은 급여 내용의 차이는 노인장기요양보험법의 목적이 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하는 데 있는 데 비해(제1조), 장애인활동 지원에 관한 법률의 목적은 장애인의 자립생활을 지원하고 사회생활을 원활히 하려는 데에 있다는 점(제1조, 제3조)에서 비롯된 것으로 생각된다.

(라) 자원봉사자

장기요양요원은 수급자에게 급여를 제공하고 장기요양기관으로부터 임금을 받는다는 면에서, 대가를 받지 않고 재가서비스를 제공하는 자원봉사자와 구별

17) 이광재, 『노인요양보험제도의 이해』, 공동체, 2007, 143면.

18) 장애인활동 지원에 관한 법률이 2018. 12. 11. 법률 제15906호로 일부 개정되면서 그 명칭이 활동보조인에서 활동지원사로 변경되었다. 위 개정 법률은 2019. 7. 1.부터 시행되었다.

된다. 자원봉사자는 장기요양기관 소속이 아니고, 노인들에게만 자원봉사를 제공하지 않으며, 공인된 자격도 요구되지 않는다.¹⁹⁾

나. 장기요양요원의 자격

장기요양요원이 될 수 있는 자격으로는 요양보호사, 사회복지사, 간호사, 간호조무사, 치과위생사, 물리치료사, 작업치료사가 있다. 장기요양급여의 종류별로 급여를 제공할 수 있는 장기요양요원의 범위가 다른데, 방문요양은 요양보호사, 사회복지사, 방문목욕은 요양보호사, 방문간호는 간호사, 간호조무사, 치과위생사, 주·야간보호, 단기보호, 시설급여는 요양보호사, 사회복지사, 간호사, 간호조무사, 물리치료사, 작업치료사가 장기요양요원으로서 급여를 제공한다. (법 시행령 제11조 제1항).²⁰⁾

사회복지사, 간호사, 간호조무사, 치과위생사, 물리치료사, 작업치료사는 사회복지사업법, 의료법 등에 따라 취득한 자격이고, 요양보호사의 경우 240시간의

19) 자원봉사자와 자원봉사자로부터 재가서비스를 제공받는 노인 사이에 계약에 기초한 관계가 성립되지는 않지만, 자원봉사자가 대가를 받지 않고 돌봄서비스를 제공하더라도 돌봄을 함에 있어서는 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다는 일본 판례가 있다(東京地裁 平10・7・28 『判例時報』 No. 1665, p.84, 林弘子, “介護・看護をぐる労働法上の諸問題”, 『月刊・社会保障研究』 Vol. 36 No. 4, 2001, 485頁에서 재인용).

20) 참고로, 일본의 개호보험의 경우 보험자인 시정촌이 개호서비스제공자(사업자)에게 수급자(개호서비스이용자)에 대한 개호서비스의 제공을 위탁하고 그에 대한 보수의 지불을 약속하는 (준)위임계약이 시정촌과 개호서비스제공자 사이에 성립한다. 즉 개호보험법에 기한 서비스는 개호서비스이용자와 개호서비스계약을 체결한 개호서비스사업자가 실시하게 되지만, 개호서비스계약의 이행보조자로서 현실의 개호서비스를 담당하는 것은 개호서비스종사자이며, 홈ヘル퍼(개호보험법상 방문개호원), 사회복지사, 사회복지사등 복지직 및 의사, 보건부(사), 간호부(사), 이학치료사, 작업요법사등의 의료·보건직에 의해 행해진다(林弘子, 앞의 논문, 488頁).

교육과정을 마치고 자격시험에 합격하면 요양보호사 자격이 부여되는데(노인복지법 제39조의2 제2항), 현재의 자격시험은 만점의 60% 이상을 득점하면 합격하며 근래 합격률이 80%를 상회하고 있다.²¹⁾ 이와 관련하여 요양보호사가 너무 쉽게 취득할 수 있는 자격증이라는 인식이 있어서 요양보호사의 처우나 요양보호사에 대한 사회적 인식이 개선되지 않는 측면이 있다는 지적이 있는데²²⁾, 요양보호사의 전문성을 제고하고 사회적 인식을 개선하기 위해 요양보호사에 대한 교육 및 자격시험 요건을 강화하는 방안을 검토해 볼 필요성이 있다.

한편, 요양보호사 교육대상에는 국민뿐만 아니라 외국인도 포함되는데 그 경우 체류조건이나 체류기한 등 출입국관리법령 등에 위반되지 않아야 한다.²³⁾ 실제 외국인 요양보호사의 수는 증가하고 있고, 서울시의 요양보호사 자격증 발급 건수 통계에 따르면 2019년 현재 발급된 27만 2,372건의 요양보호사 자격증 중 외국인에게 발급된 건이 2,624건이고 전체의 0.92%를 차지한다.²⁴⁾

2. 장기요양요원의 연혁

이하에서는 장기요양요원 제도의 연혁과 관련하여 노인복지법, 사회복지사업법 등 노인장기요양 관련 제도의 연혁을 먼저 살펴본 후, 장기요양요원 중 요양보호사의 전신인 가정봉사원, 생활지도원 제도에 대해 검토한다.

가. 노인장기요양 관련 제도의 연혁

21) 2019. 3. 30. 실시된 요양보호사 자격시험에는 59,175명이 응시하고 그 중 53,108명이 합격하여 89.7%의 합격률을 기록했다(쿠키뉴스, “요양보호사 자격시험 합격자 19일 발표”, 2019. 4. 22.). <http://www.kukinews.com/news/article.html?no=654864> (최종방문일: 2019. 6. 1.)

22) 재가노인지원서비스센터 운영 담당자와의 인터뷰.

23) 보건복지부, “2019년도 요양보호사 양성지침”, 2019, 7면.

24) 송인주, “외국인 요양보호사 증가와 돌봄 노동의 계층화 우려”, 『복지이슈 Today』 vol. 75, 서울시복지재단, 2019, 5면.

(1) 노인복지법

1981. 5. 18. 보건사회부 제출 법안이 국회를 통과하고 같은 해 6. 5. 법률 제3453호로 공포됨으로써 노인복지법이 제정되었다. 이후 1997. 8. 22. 법률 제5359호로 노인복지법을 전문 개정하면서 노인복지시설의 유형을 주거복지시설, 의료복지시설, 재가노인복지시설 및 여가시설로 구분하였고, 그 중 의료복지시설이 장기요양보호시설로 간주되었는데 그 유형을 보면 입소자의 소득 수준에 따라 무료(기초수급자), 실비(저소득층), 유료시설(중산층 이상)로 구분하거나, 입소자의 건강·질병 상태에 따라 일반요양, 전문요양, 전문병원으로 구분하였다.²⁵⁾ 2007. 8. 3. 법률 제8608호로 개정되어 2008. 8. 4.부터 시행된 개정 노인복지법은 국가 또는 지방자치단체는 홀로 사는 노인에 대하여 방문요양서비스 등의 서비스와 안전확인 등의 보호조치를 취하여야 한다고 하여(제27조의 2)²⁶⁾ 이른바 독거노인의 보호에 대하여 최초로 규율하였다. 가구주 연령이 65세 이상이면서 혼자 사는 노인 1인 가구는 계속 증가하고 있는데²⁷⁾ 독거노인의 안전이나 일상생활 영위를 위해 사회적 지원이 필요하다는 점을 인식하고 노인복지법도 독거노인에 대한 규율을 하기 시작한 것이다. 그리고 이 개정 법률에서는 노인복지시설의 설치·운영자로 하여금 노인 등의 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 업무를 전문적으로 수행하는 요양보호사를 두도록 하는 요양보호사 제도를 신설하면서 기존의 ‘가정봉사원’ 제도를 폐지하고 2년 동안의

25) 이광재, 앞의 책, 29면. 노인복지법상 노인의료복지시설은 신고제로 운영되고 있어 신고만 하면 쉽게 설립할 수 있어서(제35조 제2항), 상가 건물을 개조하여 운영하거나, 치료가 아닌 수발을 목적으로 하는 요양원 수준의 서비스를 제공해도 아무런 제재가 이루어지지 않았으며 경영난을 겪던 개인병원들이 치매 요양병원으로 전환하여 2006년 361개이던 요양병원이 2007년 1,103개로 급증하여 서비스의 질이 저하되는 등 여러 문제를 안고 있었다(제정임 편, 『황혼길 서러워라』, 오월의봄, 2013, 63면).

26) 이 조항에 근거하여 독거노인에 대해 안전확인 등의 노인돌봄서비스가 제공되고 있다.

27) 노인 1인가구의 숫자는 2000년 587,000가구에서 2005년 846,000가구, 2010년 1,075,000가구, 2015년 1,264,000가구로 증가하고 있다(통계청, “2016년 고령자통계”, 2016).

경과규정을 두었다(제39조의2, 제39조의3, 부칙 제7조). 이는 2007. 4. 27. 노인 장기요양보험법의 제정과 관련된 것이다. 이전에는 이용자의 경제적 상태에 따라 요양시설의 종류를 구분하였지만 향후 사회보험인 장기요양보험의 도입에 따라 장기요양보호대상자의 심신상태에 따라 요양급여를 제공해야 하므로 기존에 소득 수준에 따라 이용할 수 있도록 한 무료·실비·유료시설의 구분을 폐지함과 동시에 일반요양시설과 전문요양시설을 통합하였으며, 노인요양공동생활가정(그룹홈), 소규모 요양시설, 농어촌재가노인복지시설 등 노인복지시설의 종류를 확대하였다.²⁸⁾

(2) 노인장기요양보험법

노인장기요양보험법은 2007. 4. 27. 국회 본회의에서 출석위원 260명 중 찬성 255명(기권 5명)으로 통과되어 법률 제8403호로 제정된 후²⁹⁾, 일부 규정³⁰⁾은 2007. 10. 1.부터, 보험료 징수 및 급여 제공 등에 관한 규정 등 나머지는 2008. 7. 1.부터 시행되었다.

노인장기요양보험제도 추진 연혁을 살펴보면, 김대중 대통령은 2001. 8. 15. 대통령 경축사에서 ‘노인장기요양제도의 도입’을 공식적으로 발표하였고, 노무현 후보는 2002년 16대 대통령선거의 공약으로 ‘노인장기요양보험제도의 도입’을 내걸었으며, 건강보험통합과 의약분업으로 인한 건강보험재정 파탄을 수습하기 위한 재정안정화 정책의 일환³¹⁾으로 정부는 2002. 5. 노인요양보험제도의

28) 이광재, 앞의 책, 29-30면, 50면.

29) 한편, 일정 소득 이하의 노인에게 기초연금을 지급하는 기초노령연금법이 노인 장기요양보험법과 유사한 시기인 2007. 4. 25. 국회에서 통과되었는데, 고령사회를 앞두고 노인의 소득보장, 장기요양보장에 관한 중요한 두 법률이 제정된 것이었다.

30) 2007. 10. 1. 시행된 부분은 장기요양인정기준 및 인정신청, 장기요양기관의 지정, 장기요양요원의 범위·업무 등에 관한 규정으로 제1장(제1조부터 제6조), 제3장(제12조부터 제22조), 제23조 제2항 중 장기요양요원에 관한 사항, 제6장(제31조부터 제37조), 제8장(제45조부터 제47조), 제9장(제54조는 제외), 제12장(제67조부터 제70조)이다. 2008. 7. 1.부터 장기요양보험제도를 시행하기 위한 준비에 관한 부분을 2007. 10. 1.부터 시행되게 한 것이다.

도입을 발표하였다.³²⁾

한편, 정부는 고령화의 급속한 진행에 따른 노인돌봄 수요에 대비하기 위해 세 차례에 걸쳐 정부 자문위원회를 설치·운영하여 우리나라에 적합한 제도의 모형을 연구·검토하였고, 실행위원회에서는 2005. 2.에 공적노인요양보장제도 실행모형을 정부에 보고하였으며, 정부는 이 보고서의 실행모형을 기초로³³⁾ 하여 2005. 10. 19.부터 같은 해 11. 8.까지 노인수발보장법안(정부안)을 입법예고하고 2006. 2. 7. 국무회의 의결을 거쳐 같은 달 16. 국회에 제출하였다(의안번호 173931).³⁴⁾ 위 노인수발보험법안의 제안이유에는 노인의 간병·수발문제를 사회적 연대원리에 따라 정부와 사회가 공동으로 해결하기 위해 노인수발보험 제도를 도입한다는 점이 명시되어 있다.³⁵⁾

국회에서의 입법과정에서는 적용대상자의 범위, 장애인에 대한 적용 여부, 관리운영주체, 본인부담비율, 국가부담에 대해 논의가 이루어졌는데, 경증(4, 5 등급)을 적용대상에서 제외하고, 장애인을 포함하지 않으며³⁶⁾, 본인부담비율은

31) 전체 의료비 중 노인 의료비가 차지하는 비중은 2000년 17.5%, 2002년 19.3%, 2004년 22.8%, 2006년 25.9%로 계속 증가하고 있었다(국민건강보험공단, “2006년 건강보험 주요통계”, 2007). 참고로, 일본은 2004. 4. 1. 우리의 장기요양보험 제도에 해당하는 개호보험제도를 시작하면서 도입이유 중 하나로 노인의료비 절감을 들었다고 한다(이광재, 앞의 책, 85면).

32) 정희선, “노인장기요양보험법 제정사”, 『사회보장법연구』 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2012, 166-170면.

33) 노인장기요양보험 시범사업은 제1차(2005. 7. - 2006. 3. 9개월간), 제2차(2006. 4. - 2007. 4. 13개월간), 제3차(2007. 5. - 2008. 6. 14개월간) 총 3차에 걸쳐 36개월 동안 실시되었다.

34) 이광재, 앞의 책, 19면, 88-100면.

35) 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=034017>). 이후 2006. 4. 18. 정형근의원 대표발의 국민장기요양보험법안(의안번호 174271), 안명옥의원 대표발의 국민요양보장법안(의안번호 174400), 2006. 8. 11. 김춘진의원 대표발의 국민장기요양보험법안(의안번호 174702), 2006. 9. 12. 현애자의원 대표발의 장기요양보장법안(의안번호 174894), 2006. 9. 13. 장향숙의원 대표발의 장기요양보험법안(의안번호 174913) 등 5개의 의원입법안이 국회에 제출되어 2006. 9. 18. 정부안을 포함하여 6개 법안이 국회 보건복지상임위원회에 일괄 상정되었다(국회 의안정보시스템 참조).

재가급여의 경우 15%, 시설급여의 경우 20%로 하는 내용으로 마련된 보건복지위원회 대안이 2007. 4. 2. 국회 본회의에서 통과되었다.³⁷⁾

노인장기요양보험제도 도입 이전 우리나라에는 보편적인 공적 장기요양제도가 존재하지 않았기 때문에 노인장기요양보험제도는 시설, 인력 등 인프라가 상당히 부족한 상태에서 추진되었고, 서비스 대상이 한정된 공공부조적 선별적 서비스로부터 사회보험을 통한 노인등에 대한 보편적 서비스로 변화하면서 장기요양인력을 포함한 서비스 인프라 확충에 초점을 두었다.³⁸⁾ 그래서 제도 도입 시에는 소정의 교육과정을 수료하기만 하면 요양보호사 자격증을 부여하였으나, 2010년부터는 요양보호사의 전문성 강화를 위해 자격시험제도를 도입하였다.

이후 장기요양기관의 불투명한 운영 및 장기요양요원의 열악한 처우가 문제되자 ‘장기요양요원의 권익보호’ 및 ‘장기요양기관의 투명한 운영’을 도모하기 위해³⁹⁾ 2016. 5. 29. 법률 제14215호로 법률을 일부개정하였다. 이 개정을 통해 ‘장기요양요원의 처우 개선’을 위하여, 급여비용 중 일정 비율을 장기요양요원

36) 노인장기요양보험법 제5조는 “국가는 제6조의 장기요양기본계획을 수립·시행함에 있어서 노인뿐만 아니라 장애인 등 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 모든 국민이 장기요양급여, 신체활동지원서비스 등을 제공받을 수 있도록 노력하고 나아가 이들의 생활안정과 자립을 지원할 수 있는 시책을 강구하여야 한다.”라고 규정하여 장애인의 일상생활 지원에 대해 언급하고 있고, 노인장기요양보험법의 적용대상에 포함되지 않았던 장애인에 대해서는 장애인활동 지원에 관한 법률이 2011. 1. 4. 법률 제10426호로 제정되어, 2011. 10. 5.부터 시행되었다.

37) 정희선, 앞의 논문, 179-183면. 전광석 교수는 이에 대해 시설보호보다는 되도록 재가급여를 유도하기 위해 본인부담률을 차등화 하였다고 설명하고 있다(전광석, “한국의 노인장기요양 관련 법제도의 현황과 과제”, 『사회보장법학』 제2권 제1호, 한국사회보장법학회, 2013, 122면).

38) 류임량, “제도화된 돌봄노동자의 역할 구성과 직업지위 - 재가 요양보호사의 사례를 중심으로”, 『페미니즘 연구』 제17권 2호, 한국여성연구소, 2017, 199면.

39) 노인장기요양보험법 개정 이유(법제처, 국가법령정보센터 사이트).

(<http://law.go.kr/lisInfoP.do?lsiSeq=183620&ancYd=20160529&ancNo=14215&efYd=20160529&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#0000>)

에게 인건비로 지출하도록 하는 조항(제38조 제4항), 장기요양지원센터를 설치할 수 있도록 하는 근거조항(제47조의2), 장기요양요원의 처우를 개선하기 위한 국가 및 지방자치단체의 의무에 관한 조항(제4조 제5항), 장기요양기본계획 수립 시 장기요양요원의 처우에 관한 사항을 조사하는 조항(제6조 제1항 제3호), 보건복지부 장관 실태조사 시 장기요양요원의 근로조건, 처우 및 규모에 관한 사항을 조사하도록 하는 조항(제6조의 2 제1항 제4호)이 추가되었다.⁴⁰⁾ ‘장기요양기관의 경영 투명성 제고’를 위해서는, 보건복지부령으로 정하는 재무·회계에 관한 기준 또는 사회복지사업법에 따른 재무·회계에 관한 기준에 따르도록 하는 조항(제35조의2), 재무·회계기준을 위반한 장기요양기관에 대한 시정명령 및 위반 시 제재조항(제36조의2 및 제37조 제3항 제6호), 장기요양기관의 재무·회계정보 처리 방식 및 재무·회계에 관한 자료제출 요구권 조항(제59조 제2항, 제61조 제2항)이 신설되었다.

최근에는 장기요양기관의 난립으로 인한 급여의 질 저하, 장기요양요원의 처우 하락으로 인한 문제들을 개선하기 위해 재가장기요양기관의 경우 신고제로 설립되던 것을 2018. 12. 11. 법률 제15881호로 일부 개정하여 지정제로 변경하였다(2019. 12. 12. 시행 예정). 즉 제도 초창기에는 돌봄 수요에 비해 장기요양기관과 인력이 부족하였기 때문에 이에 대응하기 위해 민간의 인력과 시설의 양적 공급 확대에 주안점을 두었다가, 제도 시행 이후 10년여를 경과하면서 인력과 시설의 질적 향상에도 점차 관심을 확대하고 있는 중이라고 평가할 수 있다.

나. 장기요양요원 관련 제도의 연혁

‘장기요양요원’이란 “장기요양기관에 소속되어 노인등의 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 업무를 수행하는 자”를 의미한다(법 제2조 제5호). 장기요양보험제도가 도입되기 전에는 재가복지 영역에서는 가정봉사원에 의해서, 시설에

40) 위 신설 조항들의 의미에 대해서는 뒤의 해당 부분에서 자세히 다룬다.

서는 생활지도원에 의해서 돌봄서비스가 제공되어 왔는데⁴¹⁾, 정부는 기존에 노인요양시설 및 재가노인복지시설에서 서비스를 제공하고 있는 생활지도원 및 가정봉사원보다 훨씬 수준 높은 서비스를 제공할 인력을 확보하기 위해 ‘요양보호사 자격제도’를 도입하였다고 하면서, 기존의 유급가정봉사원은 강의 16시간(가정봉사원서비스입문 등 사회복지관계 8시간, 노인수발 방법 및 기타 8시간), 실기 16시간, 실습 8시간, 총 40시간의 교육을 받으면 유급가정봉사원의 업무를 수행할 수 있었음에 비해⁴²⁾ 요양보호사는 이론 80시간, 실기 80시간, 실습 80시간 총 240시간의 교육을 받도록 되어 있다는 점을 근거로 제시한 바 있다.⁴³⁾

먼저 가정봉사원에 대해 살펴보면, 1993. 12. 27. 법률 제4633호로 노인복지법이 일부개정 되면서(1994. 6. 28.부터 시행) 제20조의²⁴⁴⁾에 가정봉사원과견사업의 정의가 규정되었는데, ‘가정봉사원과견사업’이란 “신체적·정신적 장애로 일상생활을 영위해 나가기 곤란한 노인이 있는 가정에 가정봉사원을 파견하여 노인의 일상생활에 필요한 각종 편의를 제공하여 지역사회 안에서 건전하고 안정된 노후생활을 영위하도록 하는 사업”을 의미하였다. 가정봉사원과견시설을 이용할 수 있는 이용대상자는 60세 이상의 자로서 신체적·정신적 장애로 인하여 일상생활을 영위하기 곤란한 자로서 가정에서의 보호가 필요한 자이고 {노인복지법 시행규칙(1999. 8. 25. 보건복지부령 제130호로 일부개정된 것) 제27조 제1항 제1호}, 가정봉사원과견시설의 이용은 당사자 간의 계약에 의하도

41) 김진·이서영, “노인요양시설 케어인력의 역할 및 역량에 관한 연구”, 『보건사회연구』 제33권 2호, 2013, 247면.

42) 무급가정봉사원은 총 20시간의 양성교육만 받으면 활동할 수 있었다(김정순·이종영, 『고령사회의 노인복지 전문인력 양성에 관한 법제연구』, 한국법제연구원, 2004, 41면).

43) 보건복지부, “노인장기요양보험제도 설명자료”, 2008. 6. 10. http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&BOARD_ID=140&BOARD_FLAG=00&CONT_SEQ=44542&page=1 (최종방문일: 2018. 12. 8.)

44) 1998. 8. 22. 법률 제5359호로 노인복지법이 전부개정되면서 재가노인복지시설에 대한 제20조의2가 현재의 제38조의 위치로 이동하게 되었다.

록 되어 있었다(위 시행규칙 제27조 제3항). 가정봉사원파견시설에 종사하는 가정봉사원은 가정봉사원교육기관에서 연간 8시간 이상의 보수교육을 받아야 했다(위 시행규칙 제29조의2). 가정봉사원서비스는 주로 저소득층 노인(생활보호 대상 노인)을 대상으로 하고 있었고⁴⁵⁾, 일주일에 1-2회씩 노인의 가정을 방문하여 1-3시간 정도의 서비스를 제공하며, 유급 가정봉사원도 존재하였지만 대부분의 경우 자원봉사자인 가정봉사원을 이용하였다고 한다.⁴⁶⁾ ‘가정봉사에 관한 서비스’로는 가사지원서비스, 개인활동서비스, 우애서비스⁴⁷⁾가 있고, ‘상담 및 교육에 관한 서비스’로는 지역사회에서 노인의 자립생활에 관한 상담서비스와 장애인 수발자를 위한 상담 및 교육 서비스가 있고 ‘노인결연에 관한 서비스’로는 무의탁 노인 후원을 위한 결연사업을 들 수 있는데, 한국 재가노인복지협회의 2000년도 가정봉사원 파견실적에 의하면 78개소에서 9,681명의 노인을 대상으로 실시하였으며 가장 많이 제공된 서비스는 우애서비스, 그 다음은 가사지원서비스였다.⁴⁸⁾ 신체적·정신적 상태가 양호한 재가노인들에게는 자원봉사형 가정봉사원, 신체적·정신적 상태가 양호하지 않은, 즉 장애 정도가 심하여 자원봉사형 가정봉사원이 도움을 주기에 곤란한 재가노인들에게는 유급 가정봉사원이 서비스를 제공하였다.⁴⁹⁾

다음으로 생활지도원에 관해 살펴보면, 구 노인복지법 시행규칙(2008. 7. 1. 보건복지가족부령 제48호로 일부개정되기 전의 것) [별표 5] 노인의료복지시설의 운영기준 7. 가.에 의하면 “시설의 장은 입소자거실 또는 거실이 있는 건물마다 생활지도원, 생활보조원 기타 직원 중 1인을 입소자와 함께 기거하도록

45) 이 당시의 재가노인복지사업은 국가지원에 기반하여 빈곤층에 국한하여 잔여적으로 이루어지던 서비스에 해당한다(석재은, “공급자 관점에서의 노인장기요양보험제도의 개선방안”, 『보건복지포럼』, 2010, 35면).

46) 최성재, “노인의 이해와 노인복지”, 『가정봉사원의 활동과 실제』, 사단법인 한국재가노인복지협회, 1997, 80면.

47) 책 읽어주기, 편지 써주기, 이야기 나누기 등 외로움을 달래주기 위한 정서지원활동을 의미한다.

48) 김정순·이종영, 앞의 책, 42면.

49) 사단법인 한국재가노인복지협회, 『가정봉사원의 활동과 실제』, 1997, 183-184면. 이 책 246면에 의하면, 유급가정봉사원 제도는 1996년부터 운영되었다.

조치하여야 한다.”라고 규정하여 생활지도원, 생활보조원에 대한 근거를 두고 있었다. 생활지도원은 위 시행규칙에 근거하여 시설 이용자에게 일상생활의 편의를 제공하고 사회복지사 또는 시설의 장을 보조하는 역할을 하였고, 별도의 공식 양성 과정 없이 주로 대한적십자사 또는 간병인협회 등에서 소정의 교육을 이수한 사람들이었으며, 2001. 2. 사회복지시설 종사자 2교대제 추진에 따라 한국노인복지시설협회에서 전문적인 업무능력을 향상시키기 위한 연수교육을 실시하였다.⁵⁰⁾ 생활지도원은 2000년 기준 1,159명이 종사하고 있었고, 노인케어 및 제반 생활보조업무, 프로그램의 기획 및 진행업무 및 후원자 관리보조업무 등 다양한 업무를 담당하고 있었는데, 구체적으로는 양로시설에 종사하는 생활지도원의 업무내용은 거동불편거주자의 보조(목욕 또는 청결, 의류의 착탈, 대팔 심부름) 이외에 거주자의 교양오락·여가활동에 관한 사항, 외출·외박에 관한 사항, 거주자의 소지금품 관리 및 보관에 관한 사항, 피복침구·일용품·청소용구·거실비품 등의 생활용품에 관한 사항, 일지기록을 담당하였고 요양시설에 종사하는 생활지도원의 업무 내용도 이와 유사하였다.⁵¹⁾

가정봉사원, 생활지도원에 비해 요양보호사는 법령에서 정한 교육시간과 자격시험을 거쳐 취득하는 국가자격이라는 점에서 자격상 차이가 있지만, 실제 담당하는 업무에서 본질적인 차이가 있는 것으로 보이지는 않는다. 노인장기요양보험제도를 전격적으로 도입하면서 질 좋은 장기요양급여를 제공하기 위해 요양보호사를 기존의 가정봉사원, 생활지도원과 전문성과 업무의 질 측면에서 확연히 구별되는 새로운 전문직업으로 양성하려는 정책 의도가 단지 교육시간을 40시간에서 240시간으로 늘리는 것만으로 충분히 구현될 수 있는지 의문이다.

50) 이광재, 앞의 책, 54-55면.

51) 김정순·이종영, 앞의 책, 48-49면.

제2절 장기요양요원의 실태

장기요양요원은 노인장기요양보험의 주체 중의 하나이자 노인장기요양보험의 구성요소로서 다른 장기요양보험의 주체들과 밀접한 관계를 맺고 있으므로 노인장기요양보험의 전체적인 현실 속에서 장기요양요원의 실태 조망이 가능할 것이다. 이 절에서는 먼저 노인장기요양보험의 실태에 관하여 살펴본 후 장기요양요원이 직면하는 여러 실제적 문제들에 대해 서술한다.

1. 노인장기요양보험의 현실

가. 급속한 장기요양 수요의 증가

이른바 ‘압축적 성장’을 이루었던 우리 사회는 현재 ‘압축적 고령화(compressed aging)’에 직면하고 있다.⁵²⁾

UN 기준에 따라 한 국가에서 65세⁵³⁾ 이상의 인구 비율이 7% 이상이면 ‘고령화사회(aging society)’, 14% 이상이면 ‘고령사회(aged society)’, 20% 이상이면 ‘초고령사회(super-aged society)’⁵⁴⁾라고 한다.⁵⁵⁾ 통계청에서는 2003년 이후 매년 노인의 날(10. 2.)에 맞추어 노인 관련 통계를 수집·정리한 『고령자통계』를 제공하고 있는데, 우리나라는 2000년 고령인구가 7%를 넘어서 ‘고령화사회’에 진입하였고, 7년 후인 2017년에는 2000년의 두 배인 14%가 되어 ‘고령사회’가 도래하였다. 우리나라의 65세 이상 인구 비율이 20%를 초과하여 ‘초고령사회’에 진입할 것으로 예상되는 시기는 2026년이다.⁵⁶⁾ 2018년 우리나라의

52) 장경섭, “압축적 근대성과 노인문제의 재인식: ‘신세대’로서의 노인”, 『가족과 문화』 제13집 1호, 2001, 2면.

53) 이하 모두 만 나이를 지칭한다.

54) 초고령사회는 후기 고령사회(post-aged society)라고 부르기도 한다.

55) 김진곤(2009), 앞의 논문, 83면.

56) 통계청, “장래인구추계”, 2010.

65세 이상의 인구는 738만 1천 명으로 전체 인구의 14.3%를 차지하고 있고, 2060년에는 65세 이상 인구 비율이 전체 인구의 41%에 이를 것으로 전망되고 있다.⁵⁷⁾ 이러한 고령화는 일정 부분 출산율 저하의 결과이기도 하지만, 새로운 기술적, 의학적 발달로 기대여명이 증가하였기 때문이기도 하다.⁵⁸⁾ ‘고령화사회’에서 ‘고령사회’에 도달하는 데 일본은 24년, 독일은 40년, 미국은 72년, 프랑스는 115년이 걸렸음에 비해 우리나라는 그보다 짧은 17년이 소요되었고, ‘고령사회’에서 ‘초고령사회’에 도달하는 데 걸리는 소요 연수 역시 일본은 11년, 미국은 18년(추정), 독일은 38년, 프랑스는 39년(추정)이 걸렸거나 걸릴 것으로 예상되는 것에 비해 우리나라는 단지 9년⁵⁹⁾이 소요될 것으로 전망되고 있다.⁶⁰⁾ OECD도 우리나라의 고령화가 OECD 회원국 중 가장 빠르게 진행될 것이라고 평가하고 있다.⁶¹⁾

그리고 세계보건기구(WHO)는 2000. 6.경 처음으로 각국의 평균건강수명(health life expectancy; HLE)을 산출하여 발표하였는데, 평균건강수명은 정신 및 육체적으로 건강하게 생활할 수 있는 기간의 수치를 의미하며, 종래부터 평균수명은 단순히 육체적으로 몇 살까지 생존하는가를 표시하였고 생활에 지장을 주는 질병이나 부상 기간(평균추계치)을 평균수명에서 뺀 수치를 건강수명으로 간주하여 왔다. WHO는 2005년도 한국인의 ‘평균수명’을 78.5세로 발표하였는데, 이는 세계 194개국 중 26위였다. 아시아에서는 일본(82.5세)과 싱가포르(80세) 2개국만이 우리나라보다 앞섰고 중국(72.5세), 베트남(71.5세), 인도네시아(67.5세), 필리핀(67.5세), 몽골(65.5세), 인도(63세)가 뒤를 이었다. 한편,

57) 통계청, “2018년 고령자통계”, 2018.

58) Deluigi, 『Caring for a living』, Oxford University Press, 2016, p. XV.

59) United Nations, 『World Population Prospects The 2010 Revision』, New York, 2011(https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/trends/WPP2010/WPP2010_Volume-II_Demographic-Profiles.pdf).

60) 김주영·조진환, 『제조업 인력 고령화와 정년연장』, 산업연구원, 2012, 5면.

61) OECD, “OECD Economic Surveys: Korea”, 2018. https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-korea-2018_eco_surveys-kor-2018-en(최종방문일: 2019. 6. 30.)

한국의 ‘평균건강수명’은 67.8세로 평균수명과는 약 10년 정도의 차이가 나고 미국과 일본의 5-7년 차이보다 차이가 크다. 이것은 한국 국민들이 질병이나 부상, 정서적 불안, 우울증 등에 의해 10여 년을 ‘고통수명’으로 연명하고 있다는 것을 의미한다.⁶²⁾

『2017년 노인실태조사』에 의하면, 지난 10년간 65세 이상 노인 중 80세 이상 노인의 비중이 지속적으로 증가하였다(2008년 16.0% → 2014년 20.6% → 2017년 21.7%). 그리고 치매환자 비율은 60대 후반에서 2%, 70대 초반은 5%인데 비해 70대 후반이 되면 10%로 늘어난다고 한다.⁶³⁾ 또한 2017년을 기준으로 서울시 노인 중 6.4%가 노인장기요양급여를 수급하고 있었는데 85세 이상 여성 노인의 이용률은 35.8%에 달하는 것으로 조사되어 장기요양급여 이용률은 남성보다 여성이, 연령이 높아질수록 높아지는 경향을 보이고 있다.⁶⁴⁾ 즉 노인 중에서도 70대 후반 이후의 노인들의 경우 스스로 일상생활을 영위하지 못하여 돌봄을 필요로 하는 비율이 높아진다. 또한 평균연령도 74.1세로, 2008년 72.9세, 2014년 73.9세에 비하여 높아졌다.

이러한 급속한 고령화 추이에 의하면, 일상생활을 혼자서 영위하기가 어려워서 장기요양급여를 수급하는 수급자(이하 “수급자”라고 한다)의 수와 비율은 급격하게 증가할 것으로 예상된다.

나. 수급자, 장기요양기관, 급여비의 구성

(1) 국민건강보험공단의 『2018 상반기 노인장기요양보험 주요통계』에 의하면, 2018년 6월말 기준 의료보장 적용인구는 5,249만 명인데 이 중 65세 이상의 노인 인구는 748만 명으로서 건강보험 696만 명, 의료급여 4만 명, 기초수급 48만 명으로 구성된다. 2018. 6.말 기준 장기요양보험 누적 신청자는 96만

62) 강영희 편, 『생명과학대사전 9』, 도서출판 여초, 2014, 3900면.

63) 국민일보, “日, 노령사회 넘어 重노령사회로”, 2018. 3. 19., 10면.

64) 문혜진, “서울시 노인장기요양서비스 이용 현황과 특성”, 『복지이슈 Today』 vol. 75, 서울시복지재단, 2019, 10면.

4,424명이고 노인 인구의 12.9%를 차지한다. 그리고 누적 (등급)인정자는 62만 6,504명으로서 노인인구의 8.4%에 해당된다. 장기요양보험 인정자 중에는 3등급이 32%(203,055명), 4등급이 39%(243,618명)로 3, 4등급이 전체 인정자의 약 70%를 구성한다.

(2) 이들 장기요양보험 인정자 즉 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 장기요양기관은 2018. 6.말 기준 재가 장기요양기관 15,390개소, 시설 장기요양기관 5,284개소 합계 20,674개소이다.⁶⁵⁾ 시설 장기요양기관은 비영리와 영리 기관의 비중이 약 30:70이고, 재가 장기요양기관은 비영리와 영리 기관의 비중이 약 20:80이다.⁶⁶⁾ 노인장기요양보험 급여 종류별 급여제공기관 1개소당 평균이용자를 보면, 시설은 21.3명이고, 재가는 방문요양기관을 중심으로 16명에 불과하다. 이는 장기요양보험 수가 산출 시 표준운영모형(시설 60명, 방문요양 40명)에 비해 매우 낮은 수준으로 그만큼 경쟁이 매우 심한 상태인데, 이러한 과다 공급 때문에 장기요양기관들은 수급자 확보를 위해 경쟁하면서 수급자 본인부담금을 면제 및 경감하는 편법을 사용하는 한편, 비용보전을 위해 국민건강보험공단에 급여비용을 과잉 청구하는 불법행위를 하거나, 인건비 비용을 절감하려는 시도를 하고 있는 것이다.⁶⁷⁾

(3) 장기요양보험 총 급여비는 2017년 상반기 2조 4,487억 원에서 2018년 상반기 2조 9,853억 원으로 증가하는 등 매년 증가하고 있고, 급여이용 수급자 1인당 월평균 급여비도 2014년 1,024,520원에서부터 2018년 상반기 1,195,252원에 이르기까지 매년 증가하는 중이다.

2018년 상반기 총 급여비 중 재가급여비(1조 7,897억 원)와 시설급여비(1조 5,804억 원)가 차지하는 비중은 비슷하며, 재가급여 중에는 방문요양(1조 2,797억 원, 71.4%)과 주·야간보호(3,692억 원, 20.6%)가 차지하는 비율이 높고, 시설급여 중에는 노인요양시설 급여비율(1조 4,259억 원, 90.2%)이 압도적으로

65) 국민건강보험공단, “2018년 상반기 노인장기요양보험 주요통계”, 2018, 8면.

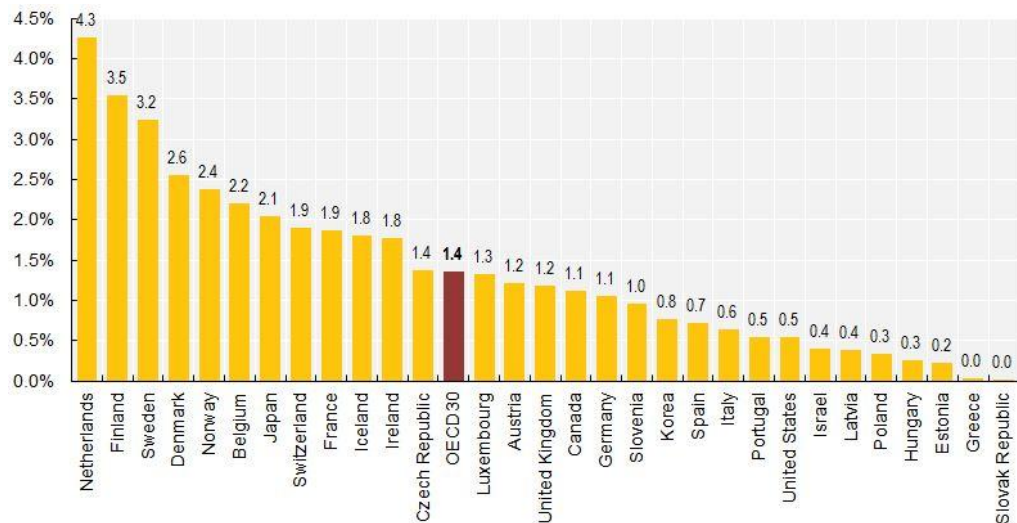
66) 석재은 외, 『장기요양보험 공공성 강화방안』, 보건복지부·한국노인복지학회, 2015, 55면.

67) 석재은(2010), 앞의 논문, 39면.

높다.

다. 상대적으로 낮은 장기요양지출 비율

아래의 그림을 보면 OECD 국가들의 2014년 GDP 대비 장기요양지출 비율을 확인할 수 있는데, OECD 국가 평균이 1.4%임에 비해 한국은 0.8%로 낮은 편이다.



[그림 1] OECD 국가의 GDP 대비 장기요양지출 비율

출처: <https://www.oecd.org/els/health-systems/long-term-care.htm>

이와 같이 우리나라의 장기요양에 대한 사회적 지출수준은 상대적으로 낮은데 이러한 비용의 상당한 차이는 낮은 급여비용, 특히 장기요양요원에 대한 낮은 임금수준에 기인한다고 평가되고 있다.⁶⁸⁾ 장기요양요원에 대한 임금은 장기요양기관에 따라 차이가 있지만 평균적으로 최저임금 수준이거나 최저임금을

68) 석재은, “돌봄정의(Caring Justice) 개념구성과 한국 장기요양정책의 평가”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018, 79-80면.

약간 상회하는 수준을 벗어나지 않는 것으로 조사되어 있다.

2. 장기요양요원이 처한 구체적 현실

장기요양요원 그 중에서도 요양보호사들이 처한 구체적 현실을 자격 취득 인원 대비 실제 활동 비율의 측면, 근로조건과 근로환경의 측면, 수급자에 의한 인권 침해의 측면에서 각 살펴보면 아래와 같다.

가. 자격 취득 인력의 구성과 실제 활동 비율

장기요양기관에서 근무하는 장기요양요원 중 90% 정도를 차지하는 요양보호사에 대해 살펴보면, 요양보호사로 양성된 인력은 2017. 10.말 기준 1,485,179명에 달하지만 현재 활동하는 요양보호사는 36만여 명으로 자격증 소지인력의 24.3% 수준이다.⁶⁹⁾

국민건강보험공단에 따르면, 2017. 7.말 기준으로 요양보호사 자격증 취득자는 1,453,013명인데 그 중 여성은 1,324,796명으로 전체의 91.2%를 차지하고, 실제 요양보호사로 종사하는 351,379명 중 여성은 333,449명으로 전체의 94.9%를 차지하며, 연령별로 살펴보면 50대가 157,117명으로 가장 많고 (44.7%), 60대 124,389명(35.4%), 40대 42,734명(12.2%) 순이다.⁷⁰⁾ 즉 요양보호사는 50, 60대의 중년 여성이 다수를 차지하고 있는 직종이다.⁷¹⁾ 이와 같이 요

69) 석재은·류임량, “재가 장기요양에서 경력직 요양보호사 역할모형 개발에 관한 탐색적 연구”, 『노인복지연구』 제73권 2호, 한국노인복지학회, 2018, 108면; 손미아 외, 『요양보호사 근무실태조사 및 사고성재해 감소방안 연구』, 안전보건공단, 2017, 1면. 참고로, 『2018 상반기 노인장기요양보험 주요통계』에 의하면, 2018년 상반기 기준 장기요양기관 인력 현황(장기요양요원 현황)은 요양보호사 363,568명, 사회복지사 20,531명, 의사(축탁 포함) 2,187명, 간호사 2,993명, 간호조무사 10,266명, 물리(작업)치료사 2,085명, 영양사 1,145명이다.

70) 류임량, 앞의 논문, 240면.

71) 이는 일본의 경우에도 마찬가지여서, 수급자의 가정을 방문하여 청소, 세탁, 장

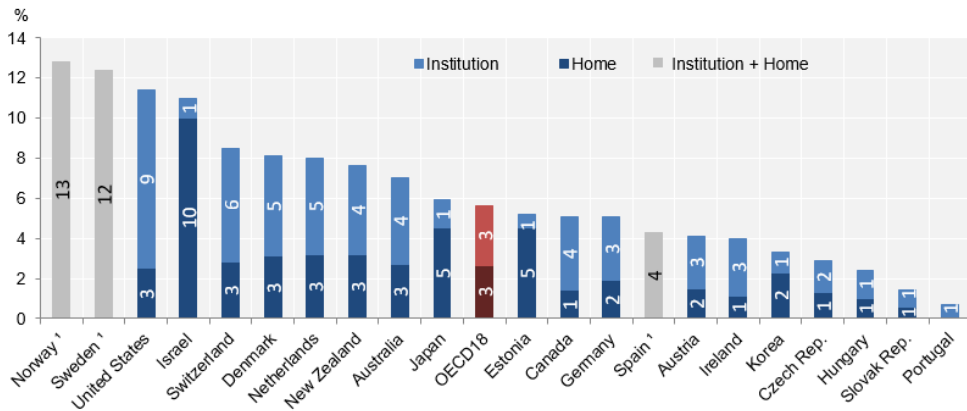
양보호사 직종에 젊은 세대들이 진입하지 않는 상황하에서 현재의 주력을 이루고 있는 50, 60대의 요양보호사들이 고령 등으로 퇴직하게 되면, 급속한 고령화와 맞물려서 장기요양요원의 공급 부족을 야기할 위험이 존재한다. 정부는 2017년 현재 전체 노인의 8%(58만 명)가 장기요양보험 수급자인데 이를 2022년까지 9.6%(86만 명)로 늘릴 계획이고,⁷²⁾ 이에 따른 2022년 요양보호사 필요인력은 약 53만 명에 이를 전망이다.⁷³⁾

2015년 기준 OECD 국가의 65세 이상 노인 100명당 장기요양 제공자(간호사 포함) 비율을 살펴보면, OECD 평균은 시설 3%, 재가 3% 합계 6%임에 비해, 한국은 시설 1%, 재가 2% 합계 3%로서 OECD 평균의 절반이고 22개 국가 중 18위에 불과하다. 이는 장기요양제도 시행 이후 많은 요양보호사가 배출되었으나, OECD 실태와 비교할 때에는 실제 장기요양 업무에 종사하는 사람이 충분하지 않다는 것을 보여준다.

보기, 조리 등의 가사원조나 식사, 입욕, 배설 등의 개호업무에 종사하고, 휠체어, 개호용 침대 등의 복지기기나 개호용품에 대한 적절한 사용방법의 지도, 가족개호자에 대한 정신적 지원 등의 역할을 담당하는 방문개호원(홈헬퍼)의 경우 여성이 차지하는 비율은 91.5%였고, 방문개호원 중 상근노동자는 8.2%, 단시간 노동자가 83.9%로 단시간 노동자의 비율이 높았다(김명중, “일본의 개호노동 현황과 정부 대책에 대해서”, 『국제노동브리프』 2010년 4월호, 한국노동연구원, 25-26면). 호주의 경우에도 시설요양기관 직접돌봄인력(요양보호사는 직접돌봄인력의 70-80%를 차지)의 87%는 여성이고, 연령의 중간값은 46세, 45세 이상인 자의 비율이 55.2%이며, 재가요양기관 직접돌봄인력의 89%는 여성이고 연령의 중간값은 52세로서 한국과 유사하게 중고령 여성의 비율이 높은 특징을 보인다(구미영, “요양보호사의 돌봄노동은 사회적으로 인정받고 있는가”, 이화여자대학교 젠더법학연구소 학술세미나자료집, 2019, 11면).

72) 보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 11면.

73) 보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 22면.



[그림 2] 노인 인구 100명당 장기요양 제공자 비율

*노르웨이, 스웨덴, 스페인은 시설과 재가 근로자를 구분할 수 없어 평균 산정에서 제외 <https://www.oecd.org/health/health-systems/long-term-care-workforce.htm>

나. 근로조건과 근로환경

(1) 높은 이직률

2012. 6. 한국노인복지중앙회 주관 공청회에서 발표된 전국 63개 장기요양기관 1,268명을 대상으로 한 요양보호사 이직의도 실태조사 결과에 따르면 2011-2012년도 평균 이직률은 41%로 높게 나타났다. 통계청 『연고용통계』에 의하면, 사회복지서비스업 전체 종사자의 이직률은 2010년 4.1%, 2011년 4.0%, 2012년 4.0%인데,⁷⁴⁾ 요양보호사의 이직률은 이보다 상당히 높은 편이다. 일본의 개호직원의 이직률이 16.1%인데 비해 한국의 요양보호사 이직률은 41%로 매우 높다는 연구 결과도 있다.⁷⁵⁾ 그런데 장기요양급여 자체가 다른 도구나 기

⁷⁴⁾ 통계청, 연고용통계. ‘항목’에서 ‘이직률_전체’를 선택하고, ‘산업분류별’ 1레벨에서 ‘Q. 보건업및사회서비스업(86~87)’, 2레벨에서 ‘사회서비스업’을 선택한 후 ‘시점’에서 2010년, 2011년, 2012년을 입력하여 확인한 결과이다.

<http://kosis.kr> (최종방문일: 2019. 7. 29.)

⁷⁵⁾ 권현정 외, 앞의 논문, 181면.

술의 개입 없이 온전히 요양보호사의 노동력에서 파생되고 관계 노동으로서의 돌봄노동의 특성상 장기적인 관계맺음과 상호이해를 통해 수급자의 상태와 욕구에 부합하는 더 나은 급여를 제공할 수 있으므로, 위와 같은 요양보호사의 높은 이직률은 장기요양급여의 질적 수준을 저하시킬 뿐만 아니라 장기요양기관의 운영에도 부정적인 영향을 미친다.⁷⁶⁾

(2) 저임금, 포괄임금제로 인한 수당 미지급, 고용불안정

서울요양보호사협회가 2018. 8. 28.부터 같은 해 10. 13.까지 40여 일간 서울 지역 ‘재가’ 요양보호사 244명에 대하여 실시한 ‘재가 요양보호사 안정적 임금제도 마련을 위한 설문조사’ 결과에 의하면, 하루 근무시간이 3시간⁷⁷⁾이라는 응답이 31%로 가장 많았고, 응답자 244명의 월 평균임금은 110만 원이었는데 이는 2018년 1인 기준 중위소득 167만 원의 65% 수준이었다.⁷⁸⁾ 그리고 수급자 가정 주당 방문횟수는 주 5일이 61%로 가장 많았고, 희망 근무시간에 대해서는 응답자의 61%가 하루 8시간 상근, 23%는 6시간 근무를 희망했다. 응답자의 평균 나이는 59세로 그들 중 59%는 가족의 생계를 책임지고 있었다.⁷⁹⁾

76) 엄기옥·박인아, “노인장기요양기관 유형별 요양보호사의 부상 및 인권침해 경험 이 이직의도에 미치는 영향 연구”, 『한국사회복지조사연구』 제43권, 2015, 150면.

77) 3등급 이하 수급자에 대한 하루 방문급여 제공시간을 4시간에서 3시간으로 감축하였기 때문에 하루 3시간 근무하는 재가 요양보호사가 많아진 것이다.

78) 2013년 기준 요양보호사의 월 평균 보수는 시설 장기요양기관 근무자는 143만 원, 주야간보호 장기요양기관 근무자는 119만 원인데, 비교대상이라고 할 수 있는 사회복지시설 종사자의 경우 2012년 기준으로 생활시설에 근무하는 생활지도원의 월 보수액은 평균 162만 원, 사회복지사의 월 보수액은 평균 169만 원 수준이다(이용갑 외, 『요양보호사 처우개선 및 수급 안정을 위한 정책과제 개발』, 보건복지부·인천발전연구원, 2015, 4면).

79) 연합뉴스, “재가요양보호사 평균 월급 110만원.... 80%가 전일제 희망”, 2018. 10. 17. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181017156200017?input=1195m>(최종방문일: 2019. 5. 11.)

서울요양보호사협회는 “하루 3시간씩 주 5일 일하면서 받는 월 급여 60만 원으로는 가족 생계를 책임질 수도, 생활을 해 나갈 수도 없어 아르바이트를 겸하는 재가 요양보호사들이 적지 않다.”라고 하면서 “전일제와 월급제를 시행해 재가 요양보호사 처우를 개선해야 한다.”고 제안했다.⁸⁰⁾

그리고 실제 근로시간에 관계없이 일정한 금액을 급여로 지급하는 포괄임금제는 장기요양요원에 대해서도 광범위하게 시행되어, 국민건강보험공단의 ‘2011년 요양보호사 실태 보고서’에 의하면, 조사대상 기관 중 42%가 포괄임금제 근로계약을 체결하고 있었고,⁸¹⁾ 2013년 서울시 요양보호사 실태조사에 의하더라도 재가 장기요양기관의 경우 평균시급에 주휴수당, 연차휴가수당 등 각종 수당들이 포함되어 지급되는 경우가 대부분이고 시설 장기요양기관의 경우에도 각 법정수당을 별도로 지급하지 않는 경우가 26.9% 내지 45.8%에 해당하는 것으로 조사되었다.⁸²⁾

한편, 돌봄노동의 전문성은 깊은 공감력과 신체돌봄 및 가사의 기술뿐만 아니라 시간-장소-목적(TPO)에 따라 필요한 업무를 행할 수 있는 총합판단력을 의미하는데, 돌봄노동자는 신체돌봄에 관한 확실한 기술과 함께 상대 반응을 이해하고 감지하는 커뮤니케이션 능력 또는 공감력이 필요하며, 이러한 전문성은 상당한 경험의 축적이 있어야 가능한 것이므로, 이에 부합하는 사회적 보상과 처우가 필요하다.⁸³⁾ 그렇지만 2009년 이후 10년간 최저임금은 72.2% 인상되었으나 급여비용 인상은 29.1%로 최저임금 인상률의 3분의 1에 불과하다.⁸⁴⁾

80) 매일노동뉴스, “서울지역 재가요양보호사 31% 하루 3시간 근무”, 2018. 10. 17. <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=154476>(최종방문일: 2019. 5. 11.)

81) 한겨레, “대법 ‘요양보호사 포괄임금제는 무효’”, 2016. 9. 20. http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/761833.html (최종방문일: 2019. 5. 11.)

82) (사)보건복지자원연구원, 『서울시 요양보호사 노동실태와 개선방안』, 서울연구원, 2013, 61면.

83) 석재은(2018), 앞의 논문, 70면.

84) 뉴스프리존, “장기요양기관에도 사회복지시설 임금가이드 라인을 적용해야”, 2018. 11. 27. <http://www.newsfreezone.co.kr/news/articleView.html?idxno=89506> (최

2018. 10.말 개최된 장기요양위원회에서 2019년 장기요양 급여비용은 평균 5.36% 인상되었는데, 이는 2019년 최저임금 인상률 10.5%에 훨씬 못 미치는 금액이다.⁸⁵⁾ 근로자의 생계비, 물가 등을 바탕으로 최저임금이 결정된다는 점, 장기요양요원의 급여는 급여비용의 범위 내에서 지급된다는 점에 비추어 볼 때 급여비용은 생계비와 물가의 상승 폭에 미치지 못하는 비율로 인상되어 왔고 이로 인해 장기요양요원의 실질 임금은 하락해 왔다고 볼 수 있다. 장기요양보험의 일선에서 급여 제공을 직접 담당하고 있는 요양보호사들은 노인장기요양보험은 시장화된 과도한 경쟁 구조 속에서 요양보호사의 저임금, 낮은 처우를 바탕으로 근근이 버텨왔다고 해도 과언이 아니라고 말하고 있는 실정이다.⁸⁶⁾

뿐만 아니라 2017년 요양보호사 506명을 대상으로 한 설문조사에 의하면, 요양보호사의 34.5%가 정규직 계약을, 64.8%가 비정규직 계약을 각 체결하고 있는 것으로 나타났다.⁸⁷⁾ 그리고 2015년을 기준으로 시설 장기요양기관의 경우 정규직 비율은 74.8%이지만, 재가 장기요양기관의 경우 정규직 비율은 13.6%에 불과한 것으로 나타났다.⁸⁸⁾ 비정규직 계약은 장기요양요원의 고용안정성을 낮추고 장기요양요원이 낮은 처우를 받을 가능성을 높인다.

(3) 업무상 재해

2013년 여성가족부의 『노인장기요양보험제도 성별영향분석평가 보고서』에 의하면 요양보호사로 근무한 이후 건강이 좋아졌다고 응답한 비율은 8.1%에 불과하고 68%는 나빠졌다고 응답하였는데, 건강이 나빠졌다는 응답이 특히 시

종방문일: 2019. 6. 3.)

85) 브레이크뉴스, “시민단체 현대판 고려장 된 요양시설 ... 문제는 장기요양보험제도”, 2018. 11. 27. <http://www.breaknews.com/617142> (최종방문일: 2019. 6. 3.)

86) 이진복, “요양보호사가 바라본 노인장기요양보험 10년 평가와 개선 요구”, 『노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집』, 2017, 15면.

87) 손미아 외, 앞의 책, 285면.

88) 이용갑 외, 앞의 보고서, 44-45면.

설 요양보호사에게서 높게 나타났으며 이들이 경험하는 증상으로는 허리통증이 69.9%, 어깨통증이 64.8%, 만성피로가 59.1%에 이르는 것으로 보고되었다.⁸⁹⁾ 그리고 한국산업안전보건공단이 2007년부터 2016년까지 10년간의 산업안전보건공단과 근로복지공단의 산업재해자료를 분석한 결과에 의하면, 요양보호사에게 폭력행위에 기인하여 산업재해가 발생한 경우가 4.44%에 달하는 것으로 나타났다. 이는 넘어짐, 요통, 균형 잡히지 않은 무리한 동작, 부딪힘에 이어 다섯 번째로 비중이 높은 원인이다.⁹⁰⁾

또한 요양보호사는 이용자를 돌보면서 많은 근골격계 질환을 경험하며, 2011년 한국산업안전보건공단과 산업안전보건연구원이 전국의 요양보호사 1,000명을 대상으로 실시한 ‘근골격계질환에 관한 실태조사’에 따르면, 근골격계 질환 자각증상이 1주일 이상 지속되거나 지난 1년간 1달에 한 번 이상 발생한 경우는 조사 대상인 요양보호사 943명(시설 501명, 재가 442명) 중 925명(98%)으로 요양보호사의 대부분이 증상을 경험했고⁹¹⁾, 재가 요양보호사의 절반 이상이 근골격계 질환과 관련된 통증으로 치료를 받은 경험이 있는 것으로 나타났다.⁹²⁾ 시설유형별로 보면, 시설 요양보호사의 증상 호소율이 재가 요양보호사보다 높게 나타났으며, 구체적으로 증상 호소율이 가장 높은 허리 부위의 증상을 호소한 비율이 시설 요양보호사의 경우 88.02%로 재가 요양보호사 81.45%보다 높았다.⁹³⁾ 요양보호사들은 식사, 운동 및 산책, 프로그램 등을 위해 수급자들을 침대에서 들어 올리고 내리는 과정에서 가장 많은 육체적 하중을 받고 있고, 특히 수급자를 침대에서 휠체어로 들어서 이동시키는 과정에서 수급자의 체중으로 인해 요양보호사들의 손목, 허리, 무릎에 반복적인 충격이 발생하여 심한 통증을 유발하는 것으로 조사되었다.⁹⁴⁾ 산업안전보건법 제24조 제1항 제5

89) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 152면.

90) 손미아 외, 앞의 책, 10면.

91) 이는 환경미화원 79%, 병원노동자 71%, 건설노동자 67%보다도 높은 수치라고 한다(프레시안, “요양보호사 A씨의 전쟁 같은 나날”, 2012. 7. 9.).

<http://www.pressian.com/news/article/?no=106617> (최종방문일: 2019. 6. 3.)

92) 석재은·류임량, 앞의 논문, 124면.

93) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 151면.

호(2018. 4. 17. 법률 제15588호로 일부개정된 것), 산업안전보건기준에 관한 규칙(2019. 1. 31. 고용노동부령 제242호로 일부개정된 것) 제656조 제1호, 근골격계부담작업의 범위 및 유해요인조사 방법에 관한 고시(2018. 2. 9. 고용노동부고시 제2018-13호로 일부개정된 것) 제3조 제8호에 의하면 ‘하루 10회 이상 25kg 이상의 물체를 드는 작업’을 인체에 과도한 부담을 주는 근골격계부담작업의 하나로 적시하고 있는데, 요양보호사들은 25kg이 아니라 50kg이 넘는 인체를 하루에 10회 이상 들어 올리고 있는 것이다.⁹⁵⁾

다. 수급자에 의한 인권 침해

(1) 폭행, 폭언과 성희롱

2013년 여성가족부의 『노인장기요양보험제도 성별영향분석평가 보고서』에 의하면, 요양보호사의 61.9%가 노인이나 노인의 가족으로부터 막말, 욕 등 무시하는 말을 들은 경험이 있고, 34.6%는 신체적 폭행을, 29.2%는 성적 수치심을 일으키는 언행을 당한 경험이 있다고 한다.⁹⁶⁾ 한편 폭력과 폭언, 성폭력에 시달려 온 요양보호사 154명은 2018. 11. 13. “우리는 하녀가 아니라 노동자”라며 ‘돌봄요양노동자 권리선언문’을 발표하기도 하였다.⁹⁷⁾

그리고 언어폭력과 같은 피학대 경험과 관련하여, 재가 요양보호사의 12.5%가 지난 1년간 이용자로부터 언어폭력을 경험한 적이 있다고 응답하였고, 시설 요양보호사는 41.6%가 그렇다고 응답하였다.⁹⁸⁾ 위 연구에 의하면, 수급자나 그 가족으로부터의 신체적, 언어적 폭력은 요양보호사의 이직의도에 미치는 영향이 가장 큰데⁹⁹⁾, 수급자나 그 가족으로부터 신체적, 언어적 학대를 경험한 집

94) 손미아 외, 앞의 책, 11-12면.

95) 손미아 외, 앞의 책, 32면.

96) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 152면.

97) 경향신문, “우리는 하녀가 아닙니다 요양보호사들의 권리선언”, 2018. 11. 13.

http://m.khan.co.kr/view.html?art_id=201811131601001 (최종방문일: 2019. 6. 3.)

98) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 159면.

단은 그렇지 않은 집단보다 이직을 생각할 확률이 15.3배 커지는 것으로 나타났다.¹⁰⁰⁾

또한 성희롱도 빈번하게 발생하고 있다. 전국요양보호사협회의 보고서에 의하면 성희롱을 경험한 비율이 재가 요양보호사의 경우 16%, 시설 요양보호사의 경우 33%에 달했고, 가해자 1명으로부터 몇 회 정도 성희롱을 당했는지에 관하여 시설 요양보호사의 경우 1-2회가 55%, 5회 이상도 33%에 이르고, 재가 요양보호사의 경우에도 1-2회가 38%, 5회 이상도 38%일 정도로 상습적인 성희롱이 다수 발생하고 있음을 확인할 수 있다.¹⁰¹⁾ 노인의 일상생활 보조를 위해 신체적 접촉이 이루어지는 요양보호사 업무의 성격상 성희롱이 발생할 위험이 더 높다고 할 수 있다.¹⁰²⁾

(2) 업무외행위의 강요

요양보호사는 장기요양기관 등에서 노인들에게 신체활동 및 일상생활활동 서비스를 제공하며, 구체적으로는 식사, 배설, 목욕, 이동, 청소, 세탁 등의 일상적 업무보조의 역할, 생활 상담을 하며 대상자에게 서비스 제공 중에 얻은 정보를 전달하는 역할, 불편함을 발견하는 관찰자의 역할, 불편함을 경감해주는 숙련된 조력자의 역할, 고독함과 무료함을 달래주는 의사소통 상대의 역할, 역할과 잔존능력을 발휘할 수 있도록 동기유발지지자로서의 역할을 수행한다.¹⁰³⁾ 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시¹⁰⁴⁾(이하 ‘급여기

99) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 162면.

100) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 165면.

101) 전찬희, “요양보호사의 노동인권에 관한 고찰”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제13권 5호, 한국콘텐츠학회, 2013, 240면.

102) 김송이, “돌봄서비스 노동자들의 노동 경험 연구: 감정노동과 관계적 노동 속성을 중심으로”, 『여성연구』 제82권 1호, 2012, 117면.

103) 김진·이서영, 앞의 논문, 247-248면.

104) 대법원은 급여기준 고시 중 주·야간보호 급여를 제공하면서 입소시설 급여형태와 유사하게 수급자를 24시간 이상 보호한 경우 일체의 급여비용을 산정하지 않도록 한 부분(현행 급여기준 고시 제32조 제1항 본문)은 상위 법령인 노

준 고시’)에도 방문요양급여는 요양보호사가 ‘신체활동지원(세면, 목욕, 식사도움, 체위변경 등)’, ‘인지활동지원’, ‘정서지원’, ‘가사 및 일상생활지원(취사, 청소, 세탁 등)’ 등을 수급자의 기능상태 및 욕구 등을 반영하여 제공하는 것으로 규정되어 있다(제17조 제1항).

그런데 수급자 또는 그 가족은 수급자에게 부여된 선택권이 장기요양요원을 마음대로 부릴 수 있는 권리라고 생각하거나 장기요양요원을 가사사용인과 동일하게 생각하여, 장기요양보험법상 급여에 해당하지 않는 업무외행위를 요구하는 경우가 빈발하고 있다.

엄기욱·박인아의 연구에 따르면, 이용자나 그 가족으로부터 업무 이외의 개인적인 서비스를 요구받은 경험이 재가 요양보호사의 경우 34.5%, 시설 요양보호사의 경우 26%에게 있다고 조사되었다.¹⁰⁵⁾ 전국요양보호사협회의 보고서에 의하더라도 재가 요양보호사는 고유의 업무 외에 손님접대(24%), 김장(23%), 농사일(14%)¹⁰⁶⁾, 기타(14%) 등 요양보호사의 업무와 관계없는 업무를 강요받았다고 응답하고 있다.¹⁰⁷⁾ 방문요양보호사에게 수급자가 폐지줍기를 시킨 사례도 있다.¹⁰⁸⁾ 2018. 11.경 전남 비정규직노동센터가 전남 소재 장기요양기관에서 근무 중인 요양보호사 305명을 대상으로 설문·면접조사를 한 결과에 의하면 이들은 수급자 가족들의 빨래나 식사준비, 설거지, 김장, 수급자 자녀의 방청소, 강아지 목욕 등 업무 외적인 일을 일상적으로 하고 있고, 장기요양기관이 난립하는 상황에서 영리 추구를 목적으로 하는 장기요양기관이 이용자

인장기요양법령의 관계 규정들과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 판단한 바 있다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두 2658 판결).

¹⁰⁵⁾ 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 159면.

¹⁰⁶⁾ 재가 요양보호사가 수급자 가족의 요구에 의해 두 달 동안 재가급여 대신 발 일을 한 사례도 있다(프레이션, “재가 요양보호사들의 목소리”, 2012. 7. 10.).

<http://www.pressian.com/news/article/?no=106632> (최종방문일: 2019. 5. 31.)

¹⁰⁷⁾ 전찬희, 앞의 논문, 240면.

¹⁰⁸⁾ 한겨레, “어르신 돌보러 방문요양 왔는데... ‘발을 매라고요?’”, 2019. 5. 22.

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/894822.html (최종방문일: 2019. 5. 31.)

확보를 위해 요양보호사 편에서 적극적으로 방어하지 않는다는 것이 문제로 지적되었다.¹⁰⁹⁾

그리고 전국요양보호사협회의 보고서에 의하면, 재가 요양보호사의 경우 32.93%가 드레싱, 10.84%가 석션, 9.7%가 배뇨관 삽입, 35.37%가 관장 등을 처치한 경험이 있고, 시설 요양보호사는 21.12%가 드레싱을, 50.85%가 석션, 5.3%가 배뇨관 삽입, 56.41%가 관장을 경험한 적이 있다고 한다.¹¹⁰⁾ 요양보호사에게 간호인력이 담당할 업무도 전가되고 있는 것이다.

라. 소결

이상과 같이 노인 인구의 급속한 증가로 인해 우리나라의 돌봄 수요는 점점 증가할 것으로 예상되는데, 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원의 일자리는 저임금의, 고되고, 인정받지 못하는 좋지 않은 일자리로 자리매김하고 있다.¹¹¹⁾ 실제로 요양보호사의 평균연령은 50대 후반으로 점점 고령화되는 경향을 보이고 있다. 이러한 경향이 계속된다면 고령 인구에게 장기요양급여를 제공하는 장기요양보험제도의 근간이 흔들릴 우려가 있다. 장기요양보험제도의 지속가능성을 확보하기 위해서 장기요양요원이 어떠한 법적 지위에 처해있는지 살펴보

109) 연합뉴스, “‘방문요양보호사는 가정부?’...‘77%, 부당 업무 하고 있다’”. 2018.

11. 30. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181130146500054?input=1195m>(최종방문일: 2019. 5. 11.)

110) 전찬희, 앞의 논문, 239면.

111) 서울시 어르신돌봄종사자 종합지원센터에서 근무하는 이근정 공인노무사가 2017년 센터에 접수된 노동상담 사례 443건을 분석해 발표한 내용에 의하면, 위 사례들 중 최저임금 위반이나 연차수당 미지급 같은 체불임금 문제가 102건, 부당해고가 71건, 퇴직금이 46건, 실업이 39건, 근무시간이 28건을 차지하였다(매일노동뉴스, “[열악한 노동조건 해매는 요양노동] 위법사항 제재권한 가진 정부가 나서 달라”, 2018. 3. 21.). 이러한 근로조건 위반 관행도 장기요양요원의 일자리 질의 악화의 원인이라고 본다.

<http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=150402>(최종방문일: 2019. 6. 3.)

는 것은 중요한 의미를 갖는다.

제3절 장기요양요원의 법적 지위 규명의 필요성

1. ‘사회적 위험’으로서의 노령과 ‘사회적 필요’로서의 돌봄

노인장기요양보험의 수급자는 노인‘등’으로서 여기에는 65세 미만이라도 노인성 질병을 앓고 있어 일상생활에 지장을 받는 사람도 포함되지만, 주된 수급자는 65세 이상의 노인이라고 할 수 있다. 장기요양요원의 법적 지위를 규명하기 위한 전제로 노인장기요양보험의 보호대상이자 장기요양요원이 탄생하게 된 연원인 노령과 노령으로 인한 돌봄 필요에 대해 살펴보기로 한다.

가. 보편적 사회적 위험인 노령

노인복지란 노인이 인간다운 생활을 영위하며 자기가 속한 가족과 사회에 적응하고 통합될 수 있도록 필요한 자원과 서비스를 제공하는 것에 관련된 공적, 사적 차원에서의 조직적인 제반활동을 뜻하고, 이때의 인간다운 생활이란 육체적, 경제적, 사회적, 문화적으로 필요한 욕구가 충족되고 가족이나 사회로부터 소외되지 않고 생활할 수 있음을 의미하며, 저소득층 노인이나 사회에 적응하지 못하는 노인뿐만 아니라 전체 노인을 대상으로 하는 것이다.¹¹²⁾

사회보장에 대한 법체계의 기본이 되는 법률인 사회보장기본법은 제3조 제1호에서 ‘사회적 위험’의 종류를 예시하고 있는데, 출산, 양육, 실업, 장애, 질병, 빈곤 및 사망과 함께 ‘노령’도 사회적 위험 중 하나로 들고 있다.¹¹³⁾

¹¹²⁾ 김상균, “사회복지개론”, 『가정봉사원의 활동과 실제』, 사단법인 한국재가노인복지협회, 1997, 36면.

¹¹³⁾ ‘위험’의 사전적 의미는 ‘해로움이나 손실이 생길 우려가 있음. 또는 그런 상

이처럼 노령은 대표적인 사회적 위험의 하나이고, 출산, 사망과 더불어 인간이라면 누구나 겪을 수 있는 보편적인 사회적 위험이다. 또한 일반적으로 나이가 들어감에 따라 신체적인 능력과 면역력이 저하되기 때문에 노령은 장애, 질병 또는 빈곤으로 이어지기도 한다.

그리고 ‘사회보험’이란 ‘국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도’를 의미하는데(사회보장기본법 제3조 제2호), 노령(또는 노인성 질병)으로 인해 일상생활을 독립적으로 하지 못하는 사회적 위험에 대해 보험의 방식으로 대처하는 것이 노인장기요양보험제도이다. 다만 노인장기요양보험은 보험료를 납부하는 장기요양보험가입자 또는 그 피부양자 뿐만 아니라, 보험료를 납부하지 않는 의료급여법 제3조 제1항에 따른 수급권자도 보호대상으로 하고(법 제12조) 이들 의료급여 수급권자에 대한 장기요양급여비용은 국가와 지방자치단체가 부담한다(법 제58조 제2항, 법 시행령 제28조 제1항). 이는 가입자로부터 보험료를 각출하고 그에 대한 대가로 급여를 제공하는 보험의 원리와 차이 나는 점이다. 이러한 점을 고려하여 장기요양보험에 대한 최초 정부의 입법예고안은 ‘노인수발보장법’이라는 명칭을 사용하였는데, 이는 보험료 부담이 가능한 사람뿐만 아니라 보험료 부담능력이 없는 저소득층까지 포괄하는 제도를 만든다는 취지에서 ‘보험’ 대신 ‘보장’이라는 용어를 사용한 것이었다. 다만 이후 입법 논의 과정에서 노인장기요양보험이 주로 사회보험의 성격을 갖는다는 점에 착안하여 결국 ‘보장’ 대신 ‘보험’이라는 단어를 사용하는 것으로 결정되었다.¹¹⁴⁾ 보험료를 납부하지 않는 수급권자도 보호대상으로 하는 노인장기요양보험제도의 특징은 노령

태’{국립국어원 표준국어대사전(<https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do>)}인데, 위험은 제거하거나 피해야만 하는 무엇인가를 뜻한다. 그런데 노령은 시간의 흐름에 따라 누구든지 이르게 되는 것이고 이는 제거하거나 피해야 하는 대상도 아니고 제거하거나 피할 수 있는 대상도 아니다. 따라서 사회적 위험이라고 지칭하는 것이 적절한지에 대해서는 의문이 있다. 여기서는 일반적인 용례에 따라 ‘사회적 위험’이라고 표기하였다.

¹¹⁴⁾ 이광재, 앞의 책, 107면.

이 보편적인 성격을 가진 사회적 위험이라는 사실을 다시 확인하게 해 준다.

한편 현행 사회보장기본법에서는 사회서비스에 대해 정의하고 있는데 “사회서비스”란 ‘국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도’를 의미한다(사회보장기본법 제3조 제4호).¹¹⁵⁾ 장기요양보험은 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 노인등에게 복지, 보건의료 분야에서 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용 등을 통하여 노인등과 그 가족의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도이므로 위 정의에 따를 때 일응 사회서비스에 해당하는 것으로 평가할 수 있다.¹¹⁶⁾

¹¹⁵⁾ 2012. 1. 26. 법률 제11238호로 사회보장기본법이 전부개정되면서 추가된 조항이다.

¹¹⁶⁾ 다만 사회보장기본법에서는 “‘사회보장’이란 ‘출산, 양육, 실업, 노령, 장애, 질병, 빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스’를 말한다.”라고 규정하고 있는데(제3조 제1호) 특정 사회보장제도가 사회보장의 세 유형 중 하나로 분류되어야 하는지 아니면 세 유형 중 복수의 유형에 해당할 수 있는지는 불분명하다. 생각건대 사회보장기본법 제3조 제1호의 사회보장에 관한 정의 조항을 특정 사회보장제도가 사회보장의 세 유형 중 하나로 분류되어야 함을 의미하는 것이라고 해석할 명문의 근거가 없고, 사회보장제도의 발달에 따라 사회보험, 공공부조, 사회서비스 어느 하나에만 속한다고 볼 수 없고 사회보험적 요소, 공공부조적 요소, 사회서비스적 요소를 함께 가지거나 기존의 사회보험에 속해 있더라도 대인적 서비스(노무급여, 사회서비스의 개념을 징표를 중심으로 재구성하자는 주장으로는 신권철, “사회서비스기본법안’에 대한 소고 - 사회서비스 개념을 중심으로”, 서울대사회보장법연구회 2019년 7월 세미나 발표 미간행 논문 참조)의 측면을 포착하여 별도의 규율이 필요한 경우가 발생할 수 있으므로 특정 사회보장제도가 반드시 사회보험 또는 공공부조 또는 사회서비스 중 하나에만 해당해야 한다고 볼 수 없다. 이러한 의미에서 노인장기요양보험제도는 보험재정의 마련 방식과 관련해서는 주로 사회보험의 성격을 가지지만 공공부조적 요소도 포함하고 있고, 급여의 방식과 관련해서는 사회서비스의 성격도 가진다고 평가할 수 있다.

나. 보편적 사회적 필요인 돌봄 - 돌봄을 받을 권리와 돌봄 책임

(1) 인간의 보편적 경험으로서의 돌봄과 인간의 상호의존성(interdependence)

키테이(Kittay) 교수는 돌봄은 특정 의존집단에 한정된 욕구가 아니라 인간 누구나가 초기 양육기, 질병, 장애, 노령 등 지속적인 생애 과정에서 경험하는 보편적이고 본질적인 욕구이며, 인간 자체가 독립적인 존재라기보다는 돌봄을 매개로 한 상호의존적이고 관계적인 존재라고 말한 바 있다.¹¹⁷⁾ 인간은 출생으로부터 이어지는 유아기에 부모 등으로부터의 돌봄을 필요로 하고(절대적 의존), 청소년기, 장년기에도 가족 또는 타인(사회)으로부터 돌봄을 받으며(특히 다치거나 아플 때), 노년기에 접어들면 다시 돌봄을 필요로 하는 단계에 이르게 되며 노인 중 일부는 다시 절대적으로 의존적인 상태가 된다. 이와 같이 인간은 완전히 무력하게 그리고 그들의 삶을 스스로 지탱할 수 없는 상태로 태어나서, 타인의 돌봄으로 생을 시작하고 마감한다.¹¹⁸⁾ 즉 돌봄은 특별히 취약한 인간만 겪는 예외적이고 특별한 현상이 아니라 인간 존재가 보편적으로 경험하는 것이다. 우리가 살아있다는 것 자체가 우리가 돌봄의 수혜자였음을 증명하는 것이다.¹¹⁹⁾

이와 같이 인간은 삶의 어떤 구간들을 누군가의 에너지와 시간이 소진되는 돌봄에 힘입지 않으면 지날 수 없는 취약하고 의존적인 존재이다.¹²⁰⁾ 즉 인간이 서로 돌보지 않는다면, 상호 의존하지 않는다면, 인간사회는 존속할 수 없다. 의존은 제거되어야 할 나쁜 것이 아니라 인간 존재의 일부분이며 이러한

¹¹⁷⁾ Kittay, 『Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency』, New York·London: Routledge, 1999(박기남, “돌봄 노동의 특성과 돌봄 노동자의 경험”, 김혜경 편, 『노인돌봄』, 양서원, 2011, 214면에서 재인용).

¹¹⁸⁾ 트론토, 『돌봄민주주의』, 김희강·나상원 역, 아포리아, 2014, 32면, 240면.

¹¹⁹⁾ 김희강, “돌봄과 돌봄 없는 정치이론”, 『한국정치학회보』 52집 2호, 한국정치학회, 2018(a), 207면.

¹²⁰⁾ 김희강, “돌봄: 헌법적 가치”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018(b), 12면.

관점에서 장기요양을 통해 노령기의 의존과 돌봄의 욕구를 충족시키는 제도가 설계 및 실시되어야 하는 것이다.¹²¹⁾

(2) 돌봄을 받을 권리와 돌봄 책임

헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 하여 기본권으로서 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에 관하여 규정하고 있다. 인간이 존엄하다는 것은 단지 인간으로서 그리고 인간이라는 이유만으로도 가치 있고 존귀한 존재임을 의미하는 것이고, 인간은 인격적 존재로서 객체나 수단으로 취급되어서는 아니 된다는 것이 인간 존엄성의 핵심내용이다.¹²²⁾ 그가 인격을 가진 인간임을 스스로 입증하지 않아도 사회는 그것을 인정해 주어야 한다.¹²³⁾ 그리고 생명권은 인간의 존엄에 기초한 것이며, 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다.¹²⁴⁾ 그런데 인간의 존엄이 생명을 전제한 것이라면 돌봄이 없는 생명을 유지·존속하는 것이 누구에게도 불가능¹²⁵⁾하기 때문에 돌봄을 받을 권리는 인간으로서의 존엄과 가치에 근거를 두고 있다고 할 수 있다.¹²⁶⁾

121) 허남재·석재은, 앞의 논문, 286면.

122) 김희강(2018b), 앞의 논문, 7-8면.

123) 신권철, “정신질환자의 법적 지위: 배제에서 통합으로”, 서울대학교 박사학위 논문, 2012, 227면.

124) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2013, 316면. 한편 헌법재판소는 “생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 된다.”라고 하여(헌법재판소 2008. 7. 31. 2004헌바81 결정), 생명권의 헌법적 근거를 자연법에서 찾고 있다.

125) 갓 태어난 인간은 누군가의 돌봄이 없는 생존 상태를 유지할 수 없는 절대적 의존 상태에 있다.

126) 김희강(2018b), 앞의 논문, 20면. 김희강 교수는 돌봄을 받을 권리는 인간으로서의 존엄과 가치와 등가의 기본권으로서 이를 헌법에 명문화하여야 한다고 주장하고 있다{김희강(2018b), 앞의 논문, 23-24면}.

그리고 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지는데(헌법 제34조 제1항), ‘인간다운 생활을 할 권리’란 생존권적 기본권 중에서 가장 핵심적인 권리로서 바이마르 헌법의 ‘인간다운 생활’, 세계인권선언의 ‘인간의 존엄성에 상응하는 생활’, 즉 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 할 권리를 의미하며 인간다운 생활을 할 권리를 가진다고 함은 각 국민의 최저한도의 생활을 보장할 의무를 국가가 지는 것을 말하며, 국가는 이러한 목적을 위하여 필요한 조치를 취할 책임을 진다는 의미이다.¹²⁷⁾ 인간다운 생활을 할 권리는 사회적 기본권의 핵심이자 사회보장수급권의 연원이 되며, 헌법의 명문에 의하여 규정된 국민의 구체적인 권리이다.¹²⁸⁾ 돌봄은 돌봄을 요하는 사람이 인간다운 생활을 영위하기 위해 반드시 필요하므로, 위와 같은 인간다운 생활을 할 권리 역시 돌봄을 받을 권리의 근거가 된다.

또한 헌법재판소는 “헌법은 제34조 제1항에서 모든 국민의 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 사회적 기본권으로 규정하면서, 제2항 내지 제6항에서 특정한 사회적 약자와 관련하여 ‘인간다운 생활을 할 권리의 내용’을 다양한 국가의 의무를 통하여 구체화하고 있다.”라고 판시하였으므로(헌법재판소 2002. 12. 18. 2002헌마52 결정), “국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.”는 헌법 제34조 제4항, “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”는 헌법 제34조 제5항 역시 돌봄을 받을 권리의 근거가 된다고 할 수 있다.

돌봄을 받을 권리의 내용으로는 돌봄이 필요한 경우 적시에 적절한 돌봄을 받는 것이 포함될 것이다. 이러한 돌봄은 신체적인 돌봄 뿐만 아니라 정신적, 정서적 돌봄도 의미한다. 광의의 돌봄에는 의료적인 돌봄(치료)을 받는 것도 포함될 것이다. 그리고 돌봄을 받을 권리를 향유하는 자에게는 돌봄을 거절할 권리도 부여된다고 보아야 한다. 치료나 서비스는 그것이 강제될 때 결코 수혜

127) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2005, 799면.

128) 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격 - ‘인간다운 생활을 할 권리’를 중심으로 -”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014, 113면, 129면.

나 이익이라 간주하기 어렵다.¹²⁹⁾ 존엄과 가치를 가지는 인간은 원하지 않을 경우 돌봄을 거절할 수 있어야 하고, ‘돌봄을 받을 권리’가 ‘돌봄을 받을 의무’를 의미하는 것은 아니기 때문이다.

한편 누군가에게 의존하는 일이 전혀 없이 자립할 수 있는 완벽한 자율적 존재는 존재하지 않으며, 모든 인간이 의존적 존재라는 ‘의존의 보편성’, ‘의존의 정상성’을 전제로 할 때, 우리는 돌봄을 받을 권리와 함께 돌봄의 의무와 책임이 있다.¹³⁰⁾ 사회 구성원 모두에게 돌봄의 의무와 책임이 있다고 할 때 ‘광의의 돌봄 제공자’에는 국가, 지방자치단체, 사회공동체 등이 포함된다. 이 때 돌봄관계에서의 권리의무는 반드시 쌍무적이지 않고 누군가는 내가 받은 것보다 더 많은 양의 돌봄을 주기도 하고, 누군가는 평생 돌봄을 받는 위치에 있을 수 있다.¹³¹⁾

(3) 노인의 돌봄을 받을 권리

누구나 삶의 여정 가운데 돌봄을 필요로 하지만, 노인은 나이가 들어갈수록 신체적·정신적 능력이 상실되어 결국 돌봄을 요하는 상태에 이르게 된다는 점에서 특수성이 있다. 즉 노령으로 인한 돌봄 필요는 보편적인 사회적 필요이므로 보편적 사회보험제도인 노인장기요양보험을 통해 노인의 돌봄 수요에 대응하고 있는 것이다.

위의 노인의 돌봄을 받을 권리는 공적으로는 대표적으로 노인장기요양보험을 통해 보호되며, 노인복지법 등에 따른 노인복지서비스를 통해서도 일정 부분 보호된다.¹³²⁾ 2019년 노인장기요양보험법 제58조 제1항¹³³⁾에 따라 국가가 공단

129) 신권철, “정신보건법상 강제입원제도의 문제점과 개선방안 - 물화(物化)되는 인격적 주체성의 복원을 중심으로-”, 『서울法學』 제22권 제2호(II), 2014, 673면.

130) 석재은(2018), 앞의 논문, 66면.

131) 키테이, 『돌봄: 사랑의 노동』, 김희강·나상원 역, 박영사, 2016, 12면.

132) 노인복지법 제27조의2 (홀로 사는 노인에 대한 지원) ① 국가 또는 지방자치단체는 홀로 사는 노인에 대하여 방문요양과 돌봄 등의 서비스와 안전확인 등

에 지원하는 노인장기요양보험 예산은 9,960억 원이고, 노인돌봄서비스 예산은 1,124억 원이다.¹³⁴⁾

노인돌봄서비스는 노인복지법 제27조의2, 사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률 제4조¹³⁵⁾에 근거하여 노인장기요양보험 등급 인정자(1 - 5등급)가 아닌 중위소득 160% 이하인 만 65세 이상의 노인(단기가사의 경우 독거노인 또는 만 75세 이상의 고령 부부 노인가구) 중 가구소득, 건강상태 등을 고려하여 선정된 대상자에 대해 제공된다. 노인돌봄기본서비스는 안전확인, 생활교육, 서비스연계로, 노인돌봄종합서비스는 방문서비스(월 27시간 또는 36시간), 주간 보호서비스{월 27시간(9일), 36시간(12일)}, 단기가사서비스{(1개월 (24시간) 또는 2개월(48시간))}로 구성된다. 노인돌봄기본서비스는 정부지원금에 의해서만, 노인돌봄종합서비스는 정부지원금과 선납 본인부담금(무료 ~ 월 97,000원)¹³⁶⁾

의 보호조치를 취하여야 한다.

② 국가 또는 지방자치단체는 제1항에 따른 사업을 노인 관련 기관·단체에 위탁할 수 있으며, 예산의 범위에서 그 사업 및 운영에 필요한 비용을 지원할 수 있다.

③ 제1항의 서비스 및 보호조치의 구체적인 내용 등에 관하여는 보건복지부장관이 정한다.

¹³³⁾ 노인장기요양보험법 제58조 (국가의 부담) ① 국가는 매년 예산의 범위 안에서 당해 연도 장기요양보험료 예상수입액의 100분의 20에 상당하는 금액을 공단에 지원한다.

¹³⁴⁾ 이데일리, “[2019 예산안] 노인 중심 저소득층 지원 강화 ... 기초·장애인연금 인상”, 2018. 8. 28. <http://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02063126619311912&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y> (최종방문일: 2019. 6. 3.)

¹³⁵⁾ 사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률 제4조 (국가 등의 책무) ① 국가와 지방자치단체는 사회서비스의 이용을 활성화하고 이용자의 선택권을 보장하기 위하여 사회서비스이용권 사용이 장려되는 여건을 조성하고 그에 필요한 재원(財源)을 마련하여야 한다.

② 지방자치단체는 지역 여건에 맞는 사회서비스를 개발하여 시행하여야 하고, 국가는 그에 필요한 사항을 지원하여야 한다.

③ 제공자는 이용자의 원활한 사회서비스 이용 및 관련 종사자의 보호를 위하여 노력하여야 한다.

¹³⁶⁾ 본인부담금을 납부기한에 맞추어 납부하여야 납부일 익일에 바우처가 생성되

으로 운영된다는 점¹³⁷⁾에서 주로 보험료 수입에 의해 운영되는 장기요양보험과 차이가 있다. 이에 대해서는 장기요양인정 갱신을 위한 등급심사 결과 등급 외 판정을 받게 되면 이용자는 노인돌봄종합서비스를 이용할 수밖에 없지만, 노인돌봄종합서비스 이용자라도 상태가 악화되면 등급판정을 받아 장기요양급여를 이용할 수 있어 장기요양급여와 노인돌봄종합서비스의 이용자는 언제든지 양자간 전환이 이루어질 수 있고, 장기요양급여와 노인돌봄종합서비스를 이용하기 위해서는 본인부담금 납부가 필요하므로, 실질적으로 급여 내용에 있어서는 둘 사이의 구별 실익이 적다는 지적이 있다.¹³⁸⁾

2. 노인장기요양보험법의 인간상

노인장기요양보험법은 독립적으로 자신의 일상생활을 영위할 수 있는 자립적 인간이 아니라 가장 일상적인 생활에 있어서도 타인의 도움을 필요로 하는 의존적(dependent) 인간을 전제로 한다. 어렸을 때에는 네 발로, 젊었을 때에는 두 발로, 늙어서는 세 발로 걷는 짐승이 인간이라는 스펅크스의 문답 이야기에 서 나타나듯, 일반적으로 출생 당시 생존을 위해 절대적으로 돌봄을 필요로 하는 인간은 성장하여 어느 정도 자립적인 생활을 하다가 나이가 들면서 신체적 능력이 쇠퇴하여 타인으로부터의 돌봄을 필요로 하는 의존적 상태에 이르게 된다. 이와 같은 관점은 ‘이성적 존재로서 스스로의 결단과 자기 책임을 지는 인간’이라는 근대적 인간상이 근대법(헌법, 민법, 형법 등)에 수용되면서 형성된 ‘합리적 이성’에 의해 자기결정과 자기책임을 질 수 있는 평등하고 자유로운 인간’이라는 추상적인 법적 인간상¹³⁹⁾과 결을 달리 한다. 노인장기요양보험법

는 방식이다. 본인부담금은 소득 수준(5등급)에 따라 차등 적용된다.

137) 보건복지부, 『2019년도 돌봄서비스 사업안내』, 2019, 21-32면.

138) 장봉석·박정연, “노인돌봄체계의 개선방안에 관한 법적 고찰 - 재가(가정방문형)서비스를 중심으로-”, 『법학연구』 통권 제58집, 전북대학교 법학연구소, 2018, 107-108면.

139) 신권철, 앞의 학위논문, 145면. 참고로, 헌법재판소는 “개인 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래

의 인간상은 모든 인간을 주체적이고 자립적이며 합리적인 인간이기 이전에 본래적으로 돌봄을 필요로 하는 존재로 보는 관점¹⁴⁰⁾과 연결되어 있다.

또한 노인장기요양보험법은 여전히 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며 스스로 선택하는 주체적 인간도 전제로 하고 있다. 장기요양급여 제공의 기본원칙을 정하고 있는 노인장기요양보험법 제3조 제1항은 “장기요양급여는 노인등의 심신상태·생활환경과 노인등 및 그 가족의 욕구·선택을 종합적으로 고려하여 필요한 범위 안에서 이를 적절하게 제공하여야 한다.”라고 하여 이른바 ‘개별성의 원칙’을 규정하고 있는데, 이는 노인이 욕구에 따라 선택할 수 있는(선택할 권리를 가지는) 주체적 인간임을 전제로 한다. 이러한 노인장기요양보험법의 인간상은 아래 제1조 목적에서도 찾아볼 수 있다.

“이 법은 고령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등에게 제공하는 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 장기요양급여에 관한 사항을 규정하여 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함을 목적으로 한다.”

이상을 종합하면, 의존성이 강해지는 노인에게 적절한 장기요양급여를 제공하여 인간으로서의 주체성과 존엄을 최대한 유지하도록 하는 것이 노인장기요양보험법의 목적이라고 볼 수 있다. 아울러 개인(가족)이 도저히 감당할 수 없고 더 이상 가족의 책임으로 맡겨 둘 수 없는 노인 돌봄(수발)의 책임¹⁴¹⁾을 사회연대원리에 의하여 사회보험방식으로 분담하는 것도 노인장기요양보험법의 목적이다. 즉 장기요양보험법은 노인 돌봄의 책임을 개인이나 가족에게만 지울

스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민이 우리 헌법이 지향하는 바람직한 인간상”이라고 밝힌 바 있다(헌법재판소 2009. 11. 26.자 2008헌바58 결정).

¹⁴⁰⁾ 김희강(2018a), 앞의 논문, 208면.

¹⁴¹⁾ 이에 대해서는 마이니치신문 간병살인 취재반, 『간병살인』, 남궁가운 역, 시그마북스, 2018. 참조.

수 없다는 사실을 인정하고 노인 돌봄을 사회화하기 위해 제정된 것이다. 이러한 측면에서 노인장기요양보험법은 신적인 강인함과 인내를 가진 인간이 아니라 시인 도종환이 노래하듯이 “입술을 깨물며 다짐했던 것을 우리 손으로 허물기를 몇 번” 되풀이하는, “바위 위에 흔들리는 대추나무 그림자 같은 심사”를 가진, ‘유한하고 약한 인간’에 대한 체험적인 인식을 전제로 하고 있는 것이다.¹⁴²⁾

3. 장기요양요원의 법적 지위를 검토하는 이유

노령으로 인한 돌봄의 수요는 보편적인 사회적 필요이고, 노인장기요양보험법은 언제나 스스로의 힘으로 일상생활을 영위하는 자립적인 인간상이 아니라 다른 사람의 돌봄을 필요로 하는 의존적인 인간상을 전제로 하고 있다는 점에 대해서 앞에서 살펴보았다. 이처럼 노인에 대한 돌봄이 필요하다면 실제 노인에게 돌봄을 제공하는 사람은 누구인가. 전통적으로 그 역할은 가족 또는 공동체가 담당하였지만, 앞에서 살펴본 노인인구 증가 및 가족의 돌봄 역량의 저하 등 여러 이유로 ‘돌봄의 결핍’ 또는 ‘돌봄의 위기’가 발생하고 있고, 이러한 상황 하에서 노인에게 필요한 장기적이고 반복적인 돌봄은 사회적 차원에서 제공되어야 하고 또 제공될 수밖에 없을 것이다. 이하에서는 사회적 돌봄을 직접 제공하는 장기요양요원의 법적 지위 검토의 필요성에 대해 살펴본다.

가. 장기요양보험제도의 지속가능성 측면

나이 들은 피할 수 없는 일이고 이러한 점에서 모든 인간은 잠재적인 장기요양 수급자라고 볼 수 있으므로, 노인들에게 장기요양급여(돌봄)을 제공하는 장기요양요원의 역할은 매우 중요하다. 장기요양급여는 물리적 지원뿐만 아니

142) 도종환, “풀잎 하나를 사랑하는 일도 괴로움입니다”, 『당신은 누구십니까』, 창작과비평사, 1993.

라 정서적 지원도 포함하며, 돌봄노동은 그 속성상 관계적 노동이라는 점에서 더욱 그러하다. 그리고 돌봄의 사회적 책임을 실현하기 위하여 가장 직접적으로 돌봄을 수행하는 장기요양요원의 역할이 수급자의 돌봄을 받을 권리 보장에 있어 중요하다는 점에 대해서는 다언을 요하지 않는다.

이처럼 장기요양요원을 통해 구체적인 급여가 제공될 뿐만 아니라 제공되는 장기요양급여의 질도 실제로 급여를 제공하는 장기요양요원에 의해 좌우되기 때문에 장기요양요원은 장기요양제도의 필수불가결한 중요한 요소인데, 이처럼 중요하지만 취약한 고리인 장기요양요원 시스템이 붕괴되어 장기요양요원의 수급이 원활하지 않게 되거나 현재와 같이 잦은 이직이 반복된다면, 장기요양급여의 질이 하락할 뿐만 아니라 장기적으로는 장기요양제도의 기반이 허물어지는 결과가 발생할 수 있다.¹⁴³⁾

크니진(Knijin)·크레머(Kremer)는 돌봄수혜자와 돌봄제공자의 욕구와 권리를 모두 충족시키는 포괄적 시민권(inclusive citizenship)을 보장하는 것이 복지국가의 주된 과업이라고 주장한 바 있다.¹⁴⁴⁾ 정의로운 돌봄제도를 구현하기 위해 돌봄수혜자 뿐만 아니라 돌봄제공자를 함께 고려해야 하고, 장기요양의 필요를 충족시킬 때 돌봄수급자들의 필요뿐만 아니라 돌봄제공자들이 지속가능한 방식으로 돌봄을 제공할 수 있도록 보장하는 시스템이 갖추어져야만 한다.¹⁴⁵⁾

¹⁴³⁾ 실제로 장기요양위원회는 최근 5년간 요양보호사 증가추세를 고려할 때 2022년 요양보호사 35,000명이 부족할 것으로 예상한 바 있다(보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 22면). 참고로, 일본의 “2014년 개호노동 실태조사”에 따르면 장기요양기관의 59%가 개호인력이 부족하다고 응답한 바 있는데, 이는 개호보험의 인정자 수의 증가만큼 개호인력의 규모의 증가가 이루어지지 못하여 발생한 결과라고 평가되고 있고, 개호인력이 부족한 원인에 대한 응답으로는 ‘낮은 임금수준’이 61.3%로 가장 높게 나타났고, ‘업무가 힘들어서’(49.3%), ‘낮은 사회적 평가’(38.2%) 순으로 나타났다(이용갑 외, 앞의 보고서, 120-121면).

¹⁴⁴⁾ Knijn, T. and Kremer, M. (1997). 『Gender and the Caring Dimension of Welfare States; Towards Inclusive Citizenship』. Social Politics. 4. pp.328-362: 석재은(2018), 앞의 논문, 60면에서 재인용.

¹⁴⁵⁾ 석재은(2018), 앞의 논문, 64면.

나. 장기요양급여의 질 측면

노인의 돌봄을 받을 권리, 인간다운 노후를 보장 받을 권리는 노인에게 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원의 인간다운 근로조건과 근로환경이 형성되어야 실현 가능하다. 장기요양요원 특히 요양보호사에 대해 ‘국가가 공인한 파출부’라는 인식이 여전히 존재하는 상황에서 노인과 장기요양요원의 기본적인 권리가 온전히 보호되기는 요원한 일이다. 대면하여 제공되는 장기요양급여의 특성상 수급자의 필요를 충족시키는 데 있어 급여제공의 최일선에 있는 요양보호사의 역할은 매우 중요하다.¹⁴⁶⁾ 돌봄서비스에서의 관계는 개인적 신뢰에 기반하기 때문에 그만큼 안정적 관계를 중요시하며¹⁴⁷⁾, 장기요양급여의 질은 급여 자체가 온전히 장기요양요원의 노동력에서 파생되므로 장기요양요원의 질이 곧 급여의 질이 된다.¹⁴⁸⁾ 특히 급여 제공 일정이 정해져 있고 시설 관리자에 의한 관리가 어느 정도 이루어지는 시설 장기요양기관에서의 시설 장기요양급여와는 달리, 급여 제공 일정, 내용이 미리 구체적으로 정해져 있지 않은 재가 장기요양급여는 급여를 제공하는 인력의 경험과 능력, 그리고 장기요양요원과 수급자 사이의 의사소통의 정도와 깊이에 따라 급여의 질이 좌우되는 성격이 강하다. 만약 장기요양요원의 임금수준이 낮고 고용형태가 불안정하여 장기요양요원이 자주 교체된다면 안정적인고도 양질의 장기요양급여 제공은 어려울 것이다. 요컨대 요양보호사의 법적 지위 보장을 통해 노인장기요양보험제도의 성공적인 안착을 담보할 수 있다.¹⁴⁹⁾

다. 지역사회돌봄 강화 측면

146) 신태휴 외, “요양보호사의 전문성 인식이 서비스 질에 미치는 영향”, 『한국콘텐츠학회논문집』 제18권 9호, 2016, 298면.

147) 조남경, “사회서비스의 가치와 지향, 한계, 그리고 가능성: 이용자 중심성으로 본 사회서비스의 변화와 발전”, 『사회서비스연구』 Vol. 7 No. 1, 한국사회서비스학회, 2017, 56면.

148) 권현정 외, 앞의 논문, 181면.

149) 김정희·김태동, 앞의 논문, 272면.

장기요양요원의 법적 지위는 지역사회돌봄 강화 측면에서도 중요하다. 『2017년 노인실태조사』에 의하면, 노인의 88.6%가 건강할 때 현재 집에서 거주하기를 원했고, 절반 이상(57.6%)의 노인이 거동이 불편해도 재가서비스를 받으며 현재 살고 있는 곳에서 거주하는 것을 희망하고 있다. 지역사회 노인보호의 기본이념에 관해 찰리스(D. Challis)는 “사람들은 가능한 한 지역사회 내에서 정상적인 생활을 해야 한다.”라고 말한 바 있기도 하다.¹⁵⁰⁾

국민건강보험공단이 직영하는 서울요양원은 보건복지부 ‘제2차 장기요양기본계획(2018-2022)’에 따라 지역사회돌봄(Community care)¹⁵¹⁾ 강화를 위한 통합재가급여시범사업(주야간보호통합형)을 2018. 7.경부터 실시하고 있는데 통합재가사업에서는 노인들의 삶의 질을 높이기 위하여 신체적, 정신적, 사회적 기능상태와 욕구에 맞는 맞춤형 급여제공계획을 수립하고, 장기요양급여를 통해 시설이 아닌 지역사회에서의 생활(Aging In Place; AIP)을 지원한다고 밝힌 바 있다.¹⁵²⁾

이러한 지역사회돌봄 강화의 흐름은 UN이 1991년 채택한 ‘노인을 위한 UN의 원칙(UN Principles for Older Persons)’(resolution 46/91) 중 노인은 소득제공, 가족과 사회의 지원, 그리고 자조(self-help)를 통해 적절한 음식, 물, 주거, 의복, 의료 등에 접근할 수 있어야 하고, 일자리를 비롯한 소득을 발생시킬 수 있는 기회에 접근할 수 있어야 하며, 자신의 집에 거주할 수 있어야 한다는 자립(Independence)의 원칙, 노인은 사회에 통합되어야 한다는 참여(Participation)의 원칙에 부합하는 것이기도 하다.¹⁵³⁾

¹⁵⁰⁾ 김석준, 『고령사회와 노인장기요양시설』, 한국학술정보(주), 2009, 68면.

¹⁵¹⁾ 지역사회돌봄을 강화하기 위해서는 ‘지역사회 통합 돌봄에 관한 법률’과 같은 새로운 통합적인 법률을 제정하거나 기존의 법률들에 대한 전면 개정을 하여 지역사회돌봄이 유기적으로 이루어질 수 있는 법적 기반을 마련하여야 한다는 주장에 관하여는 전우석, “커뮤니티 케어의 법적 논의에 관한 우려”, 『복지이슈 Today』 vol. 73, 서울시복지재단, 2019, 4면 참조.

¹⁵²⁾ 국민건강보험공단 보도자료, “국민건강보험공단 서울요양원 재가복지센터 개소”, 2018. 6. 8.

¹⁵³⁾ 박광준, 『고령사회의 노인복지정책 - 국제 비교적 관점-』, 현학사, 2004, 80-81면.

시설보호가 노인의 자율성과 독립성을 침해할 가능성이 높고, 사회적으로도 노인 인구의 급격한 증가에 대응하는 보호시설 공급의 증가가 어려우며¹⁵⁴⁾, 비용 측면에서도 시설보호에 더 많은 비용이 소요되기 때문에 지역사회돌봄이 증가하고 강조되고 있지만, 지역사회돌봄이 제대로 이루어지기 위해서는 분절화된 급여의 전달체계의 연속성과 통합성을 기해야 하고, 중앙집중적으로 표준화된 급여가 아니라 지역사회별 특수성이 반영된 급여가 제공될 수 있도록 급여의 질을 유지하고 관리하려는 노력이 필요하다고 지적되고 있다.¹⁵⁵⁾

지역사회돌봄을 강화하기 위해서는 지역사회에서 노인들에게 재가급여를 제공할 수 있는 재가 장기요양요원의 충분한 확보 및 이들이 제공하는 급여의 질 향상이 필수적인 전제가 된다. 따라서 지역사회에서 노인들이 계속적인 일상생활을 영위할 수 있도록 하기 위해서는 재가 장기요양요원을 통해 안정적이고 효과적으로 급여가 제공될 수 있어야 한다.

라. 소결

노인 돌봄은 보편적인 사회적 필요이고, 장기요양보험제도의 지속적 발전과 장기요양급여의 질 향상, 지역사회돌봄의 강화를 위해 장기요양보험제도의 필수요소인 장기요양요원의 법적 지위에 대한 검토가 필요하다는 점을 살펴보았다. 이하에서는 장기요양요원의 법적 지위를 장기요양기관과의 관계, 수급자와의 관계, 국가 및 지방자치단체와의 관계로 나누어 보다 구체적으로 살펴본다.

154) 지대가 높은 지역에서는 경제적인 이유로 보호시설의 수적 확충이 용이하지 않은 측면이 있다.

155) 김석준, 앞의 책, 58면.

제3장 근로자로서의 장기요양요원

제3장에서는 장기요양요원이 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당하기 때문에 발생하는 문제들에 대하여 살펴본다. 우선 장기요양요원이 장기요양기관의 근로자임을 밝히고, 장기요양요원이 수급자의 근로자에 해당하는지 여부, 파견근로관계, 다면적 근로관계에 해당하는지 여부, 근로계약 체결의무의 규율형식 등 근로자성과 관련된 개별 쟁점들을 검토한다(제1절). 그리고 개별적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위와 관련하여 장기요양기관과 장기요양요원의 권리 의무 일반을 먼저 살펴 본 후 노동관계의 전개 순서에 따라 근로계약상 주된 의무와 부수적 의무, 근로계약서 작성, 임금, 근로시간과 휴게, 여성노동의 보호, 비정규직 보호, 정년제도, 퇴직 급여, 고충 처리 등의 쟁점을 구체적으로 다룬다(제2절). 다음으로 집단적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위를 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자 해당 여부, 노동3권의 보장의 관점에서 검토한다(제3절). 이어서 사회보험관계에서의 장기요양요원의 지위와 관련하여 업무상 재해로부터의 보호, 초단시간 근무 장기요양요원에 대한 사회보험 적용 등의 문제를 살펴본다(제4절).

제1절 장기요양기관과의 관계

장기요양요원과 장기요양기관의 관계에 있어서는 우선 근로자성 인정 여부를 명확히 할 필요성이 있다. 근로자성이 근로기준법 등 개별적 근로관계법, 노동조합및노동관계조정법(이하 “노동조합법”이라 한다)과 같은 집단적 근로관계법, 산업재해보상보험법 등 사회보험법 적용의 전제가 될 뿐만 아니라, 실무에서 장기요양요원에 대한 노동 관계법령 위반 사례가 다수 발견되고 있으며, 학계의 일부 논의에서도 여전히 장기요양요원의 사용자가 누구인지에 대한 정확하지 않은 이해가 발견되기 때문이다.

1. 장기요양요원의 근로자성

장기요양요원의 근로자성 인정 여부는 장기요양요원의 처우 및 업무환경에 중대한 영향을 미친다. 근로자는 근로기준법, 노동조합법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법, 고용보험법 등 노동 관계법령에 의한 보호를 받는데, 근로자성 인정 여부에 따라 위 노동 관계법령의 적용 여부가 달라지기 때문이다.

헌법재판소는 근로의 권리는 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포하고 있는데 후자(後者)는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 실시하고 있다(헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정). 즉 근로자는 일자리 자체에 대한 권리뿐만 아니라 일할 환경에 대한 권리를 가지고 일할 환경에 대한 권리에는 사용자에게 안전하고 쾌적한 작업환경, 제공한 업무에 합당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리가 포함되어 있으므로, 근로자성이 인정된다면 근로의 권리에 기하여 일할 환경에 대한 권리를 주장할 수 있는 것이다.

노인장기요양보험법 제31조에 의하면 장기요양기관으로 지정받고자 하는 자는 동법 시행규칙 제23조 제2항에 따른 시설 및 인력을 갖추어야 하는데, 재가 노인복지시설의 경우 노인복지법 시행규칙 제29조 제1항 [별표 9] ‘재가노인복지시설의 시설기준 및 직원배치기준’ 4. 인력기준. 바.에서, 노인의료복지시설의 경우 노인복지법 시행규칙 제22조 [별표 4] ‘노인의료복지시설의 시설기준 및 직원배치기준’ 6. 직원의 배치기준 비고 8.에서 각 “모든 종사자는 시설의 장과 근로계약이 체결된 자이어야 한다.”라고 정하고 있다. 그리고 재가장기요양기관의 경우 노인장기요양보험법 제32조 제4항, 동법 시행규칙 제24조, [별표 1] 3. 인력기준 바.에서 “모든 종사자는 시설의 장(법인의 대표자)과 근로계약이 체결된 자이어야 한다.”라고 규정하고 있다.¹⁵⁶⁾

¹⁵⁶⁾ 이러한 인력기준의 준수 여부는 장기요양기관 평가의 한 기준이고(노인장기요

이처럼 법은 장기요양기관이 장기요양요원과 근로계약을 체결하도록 정하고 있었음에도 노인장기요양보험법 시행 초기 일부 방문요양기관이 4대보험 적용 회피 등을 위해 장기요양요원과 형식적인 근로계약을 체결하고 실제로는 사업 소득세를 원천징수하는 등 개인사업자 형식으로 요양보호사를 운영하여 요양보호사의 근로자성 인정 여부에 대한 혼선이 발생하고 있었다. 수급자의 가정에서 수급자의 요구를 받아 업무를 수행하는 재가 요양보호사의 경우에는 장기요양기관이 아닌 수급자가 업무상 지휘·명령권을 행사하는 것으로 보일 수 있으므로 혼선이 더 컸다.

이에 대해 고용노동부는 장기요양보험제도 시행 초기에는 장기요양요원의 출·퇴근시간 등 근로시간이 정해져 있지 않은 점, 업무수행 과정에서 구체적인 지휘·감독을 받지 않는 점, 다른 요양보호사로 업무대체가 가능한 점, 개인적으로 싫어하는 수급자로부터 서비스 요청이 오면 이를 거절할 수 있는 점 등을 근거로 요양보호사의 근로자성을 부정하는 취지의 행정해석을 하였다가(근로조건지도과-3266, 2008. 8. 19., 근로조건지도과-2479, 2009. 4. 30.), 이후 “요양보호사 근로자성 판단지침”을 통해 요양보호사가 ① 사업주가 지정한 장소에서 지정된 시간에 근무하고, 근무시간을 변경하기 위해서는 사업주에게 사전에 통보하여 조정해야 하며, 장기요양급여제공기록지 등을 통해 사업주에게 근무상황을 보고해야 하는 등 사용자의 상당한 지휘·감독을 받고, ② 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없으며, ③ 시간당 일정액에 정해진 근무시간을 곱한 금액을 보수로 지급받을 뿐 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있지 아

양보험법 제54조), 평가 결과에 따라 공단은 급여비용을 가산 또는 감액하여 지급할 수 있다(동법 제38조 제3항). 따라서 장기요양기관이 장기요양요원을 직접 고용하지 아니하고 파견사업주로부터 장기요양요원을 파견 받거나, 수급업체에게 장기요양급여 용역제공을 위탁하여 수급업체가 고용한 장기요양요원이 수급자에게 장기요양급여를 제공한다면 인력기준의 위배로 시설의 폐쇄 또는 6개월의 범위에서 업무정지 처분을 받을 수 있고(동법 제37조 제1항), 노인복지법상 사업 정지 또는 폐지 처분을 받을 수 있다(노인복지법 제43조 제1항).

니할 경우 근로자로 인정하는 것으로 입장을 변경하였다(근로기준과-5241, 2009. 12. 9.).¹⁵⁷⁾

그리고 대법원은 요양보호사의 근로자성 인정 여부가 문제된 사건에서, “관계 법령상 요양보호사가 개인적으로 요양대상자를 맡을 수 없고, 이 사건 회사와 같은 기관을 통하에서만 요양대상자를 맡을 수 있는 점, 이 사건 회사가 요양대상자와 요양계약을 체결하고 그 계약 내용에 따라 요양보호사의 근무시간, 장소, 내용이 모두 정해지는 점, 요양보호사가 근무시간을 변경하거나 휴가를 내기 위해서는 요양대상자와 협의하여 처리할 수는 없고 회사에 사전에 보고하여 조정하여야 하는 점, 매일 근무시간 및 근무 내용을 기록한 근무상황일지를 작성하여 이를 매달 회사에 보고하도록 되어 있는 점¹⁵⁸⁾, 요양보호사가 임의로 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없고, 회사에 보고하여 회사가 대체근무를 시키도록 되어 있는 점, 요양보호 시의 주의사항 등을 회사가 교육하도록 되어 있는 점, 요양보호사의 업무성격에 따라 기본급이나 고정급이 정하여져 있지 않지만 시간당 일정액에 정해진 근무시간을 곱한 금액을 보수로 지급받을 뿐 이윤창출과 손실 등을 부담하는 것이 아닌 점 등을 종합하여 이 사건 회사의 요양보호사는 업무수행 전반에서 회사로부터 상당한 지휘·감독을 받아 종속적인 관계에서 노무를 제공하는 근로자에 해당한다.”라고 판시하여 요양보호사의 근로자성을 인정한 바 있다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도9077 판결).

¹⁵⁷⁾ 이후의 행정해석(근로기준과-5761, 2009. 12. 30.)에서는 노인장기요양보험법 시행규칙 별표1에 따라 근로계약을 작성하는 점, 기관에서 수급자를 발굴하여 요양보호사로 하여금 해당 수급자의 자택에 가서 요양업무를 행할 것을 지시하고 요양업무를 수행함에 있어 유의사항 등을 교육하는 점, 근무시간 및 근무지가 정하여지면 요양보호사는 임의로 다른 사람을 대체시킬 수 없고, 기관을 통해서만 대체가 가능한 점 등이 요양보호사의 근로자성 인정 근거로 추가되었다.

¹⁵⁸⁾ 장기요양기관은 직원의 근무일자 및 출·퇴근시간 등이 기재된 근무일지를 작성·보관하여야 할 의무를 부담한다(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 세부사항 제12조 제3항).

한편, 법원은 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계 없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있고, 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 ① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적인 지휘·감독을 받는지 여부, ② 사용자에게 의하여 근무시간과 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, ③ 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, ④ 보수가 근로자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑤ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, ⑦ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, ⑧ 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하고 있다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도9077 판결 등).

위의 대법원의 근로자성 판단 징표에 따라 장기요양요원의 근로자성 인정 여부에 대하여 검토하면, 장기요양요원은 장기요양기관의 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받고, 장기요양기관에 의하여 근무시간과 장소, 누구에게 급여를 제공할지가 지정되고 이에 구속을 받으며, 장기요양요원 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 할 수 없고, 노인복지법, 노인장기요양보험법 등 관련법령에서 근로자로서의 지위를 인정받고 있으므로, 장기요양기관의 근로자에 해당한다.

2. 장기요양요원의 근로자성과 관련된 개별 쟁점

가. 수급자가 장기요양요원의 사용자인지

장기요양요원은 수급자에게 장기요양급여를 직접적·물리적으로 제공하고, 수급자는 장기요양요원으로부터 장기요양급여를 제공 받는 관계에 있다. 이 과정에서 수급자가 장기요양요원에게 장기요양급여의 구체적 제공 내용, 방식에 대해 요구하는 경우가 발생할 수 있는데, 이를 법적으로 어떻게 평가할 것인지가 문제된다.

수급자와 장기요양기관은 장기요양급여 개시 전에 ① 계약 당사자, ② 계약 기간, ③ 장기요양급여의 종류, 내용 및 비용 등, ④ 비급여대상 및 항목별 비용이 포함된 장기요양급여제공계약을 문서로 체결하여야 하고, 위 계약을 체결할 때 장기요양기관은 수급자 또는 그 가족에게 제공하려는 장기요양급여의 제공계획 및 비용(비급여대상 및 항목별 비용을 포함) 등 장기요양급여 제공과 관련된 사항을 설명한 후 동의서를 받아야 한다(법 시행규칙 제16조 제1, 2항). 수급자가 체결하는 위 장기요양급여제공계약의 상대방 당사자는 장기요양요원이 아니라 장기요양기관이므로, 수급자는 장기요양요원과 직접적인 계약관계에 있지 않다(수급자가 장기요양급여를 제공받기 위해 선택하는 계약 상대방은 장기요양기관이지 장기요양요원이 아니다). 장기요양기관은 수급자와 체결한 장기요양급여계약상의 의무를 이행하기 위해 수급자에게 장기요양요원을 보내는 것이므로, 장기요양요원은 장기요양기관에게 고용된 근로자로서 장기요양기관의 지시에 따라 수급자에게 직접적으로 장기요양급여를 제공하는 급여 제공자에 해당한다.

그리고 급여기준 고시에 의하더라도 수급자의 재가급여 월 한도액 범위 내¹⁵⁹⁾에서 급여제공 계획을 수립하여 비용효과적인 방법으로 재가급여를 제공할 의무를 부담하는 것은 ‘장기요양기관’이며 ‘장기요양요원’이 아니다(위 고시

159) 급여기준 고시 제13조(재가급여 월 한도액 및 산정기준) ① 재가급여(복지용구 제외) 월 한도액은 등급에 따라 다음과 같다.

등 급	1등급	2등급	3등급	4등급	5등급	인지지원 등급
월 한도액(원)	1,456,400	1,294,600	1,240,700	1,142,400	980,800	551,800

제12조).

한 연구에서는 수급자가 장기요양기관으로부터 인력을 공급받고 본인부담금이 있는 경우 본인부담금을 지불하면서 장기요양요원을 활용하는 사용주가 된다고 보고 있으나¹⁶⁰⁾, 급여를 제공 받는 자(수급자)가 급여에 관계된 비용의 일부를 부담한다고 하여 급여를 제공하는 자(장기요양기관)가 고용한 근로자(장기요양요원)를 수급자의 피용자라고 할 수는 없다. 건강보험에서 건강보험수급권자가 의사로부터 의료급여를 제공 받고 급여비용 중 일부인 본인부담금을 지급한다고 하여 수급권자를 의사의 사용자라고 할 수 없는 것과 마찬가지로 이다.

한편, 다른 연구에서는 재가서비스로서의 돌봄노동은 서비스 이용자의 가정이라는 사적인 공간에서 서비스가 제공되기 때문에 서비스 이용자가 곧 고용주가 되고, 노동과정에 대한 통제와 관리 역시 고용주와 노동자가 아닌 서비스 이용자와 돌봄서비스 노동자의 관계에서 이루어진다고 보고 있으나¹⁶¹⁾, 수급자가 장기요양요원의 고용주라는 시각은 위에서 살펴본 장기요양기관과 장기요양요원의 관계에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 수급자(또는 그 가족)가 장기요양요원에게 사용자로서의 지휘·명령권을 행사할 수 있다는 의미로 이해되어 장기요양요원에 대한 부당한 처우의 발생 원인이 될 수 있으므로 이와 같은 법적 지위에 대한 혼동은 정정되어야 한다. 수급자와 장기요양요원 사이의 관계는 사용종속관계가 수반되는 사용자-근로자의 수직적 관계가 아니라 상호 이해와 배려를 전제로 한 급여 수급자-급여 제공자의 수평적 관계이므로, 이러한 기초 하에서 수급자와 장기요양요원 사이의 정보 제공과 의사소통을 활성화하여 장기요양급여의 질을 향상시켜야 한다.

한편 수급자 및 보호자가 장기요양요원에게 사실적으로 장기요양요원의 교체를 요구할 수 있는 사실을 어떻게 평가하여야 하는지의 문제¹⁶²⁾도 장기요양요

160) 허남재·석재은, 앞의 논문, 299면.

161) 김송이, 앞의 논문, 110면.

162) 수급자 및 보호자에게 권리로서 교체요구권이 인정되는지의 문제는 제4장에서 다룬다.

원의 사용자가 누구인지와 관련하여 제기될 수 있다. 장기요양요원의 배치, 업무 수행 등에 대한 관리는 장기요양기관이 하고 수급자 또는 보호자는 오로지 급여가 불만족스러운 때 장기요양요원을 교체해 달라고 요청할 수 있을 뿐이라면 수급자 또는 보호자는 장기요양요원이 제공하는 급여의 수급자에 불과하고, 장기요양요원과 사용종속관계를 형성한 장기요양기관이 사용자의 지위에 있다고 평가하여야 마땅하다. 서비스이용자가 가지는 이러한 힘은 서비스 이용자와 노무제공자가 개인적 관계를 형성하게 되는 돌봄노동에서 흔히 발견되는 현상이고, 서비스 이용자의 평가를 근거로 노무제공관계를 종료시키는 권한은 사용자인 장기요양요원이 가지는 것이기 때문이다.¹⁶³⁾

나. 다면적 근로관계에 해당하는지

윤애림 교수는 이면적 근로관계, 다면적 근로관계의 구분과 관련하여 직업소개사업과 근로자공급사업을 예로 들어, 직업소개¹⁶⁴⁾에 해당하면 구인자가 구직자의 사용자가 되는 이면적(二面的) 근로관계이고, 근로자공급사업¹⁶⁵⁾에 해당하면 관계 법령에 따라 사용사업주 및 공급사업주가 사용자책임을 배분하는 다면적(多面的) 근로관계에 해당한다고 하면서 병원에서 간병을 하는 간병인¹⁶⁶⁾

¹⁶³⁾ 윤애림, 앞의 논문, 297면.

¹⁶⁴⁾ ‘직업소개’란 ‘구인 또는 구직의 신청을 받아 구직자 또는 구인자를 탐색하거나 구직자를 모집하여 구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 것’을 의미한다(직업안정법 제2조의2 제2호). 이 경우 근로계약 관계는 구인자와 구직자 간에 성립한다.

¹⁶⁵⁾ ‘근로자공급사업’이란 ‘공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’을 의미한다(직업안정법 제2조의2 제7호). 이 경우 공급사업주와 근로자 사이에는 고용 기타 유사한 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계가 있고, 공급사업주와 사용사업주 사이에는 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있으며, 근로자와 사용사업주 사이에는 사실상 사용관계가 존재한다(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결 등).

¹⁶⁶⁾ 윤애림의 논문에서는 노인장기요양보험법에 따라 요양급여를 제공하는 요양보호사를 제외하고 급성기병원에서 환자들을 돌보는 사람을 ‘간병인’이라고 칭하

과 간병협회, 병원 사이의 관계는 다면적 근로관계에 해당한다고 보고 있다.¹⁶⁷⁾

장기요양요원의 근로관계도 장기요양요원이 장기요양기관과 근로계약을 체결하지만 업무 내용·방식에 대한 구체적인 요청은 수급자 또는 보호자로부터 받게 되므로¹⁶⁸⁾ 이러한 관계가 위에서 말한 다면적 근로관계에 해당하는 것은 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다. 그런데 업무에 대한 구체적인 요청을 고객으로부터 받는 것은 돌봄을 포함한 서비스 제공업무에 공통적으로 나타나는 현상이고 장기요양요원의 업무 장소, 업무 시간 등을 정하고 채용, 교육, 해고 등을 행하는 주체는 장기요양기관이며 수급자 또는 보호자는 장기요양요원에게 급여를 지급하지 않으므로¹⁶⁹⁾, 장기요양요원의 근로관계가 위에서 언급한 근로자공급사업에서와 같은 다면적 근로관계에 해당한다고 보기는 어렵다.

다. 파견근로관계에 해당하는지

어떤 연구에서는 재가 요양보호사가 파견근로자에 해당한다고 서술하고 있다.¹⁷⁰⁾ 그리고 재가노인지원서비스센터 담당자로부터 입수한 위 센터의 ‘요양보호사 근로계약서’에도 아래와 같이 고용형태로 비정규직(기간제, 단시간제, ‘파견’)이 기재되어 있었다.

고용	<input type="checkbox"/> 정규직	<input checked="" type="checkbox"/> 비정규직 (<input checked="" type="checkbox"/> 기간제 <input checked="" type="checkbox"/> 단시간제 <input checked="" type="checkbox"/> 파견)
형태	<input type="checkbox"/> 기타()	

고 있다. 장기요양기관과 근로계약을 체결하고 수급자에게 서비스를 제공하는 장기요양요원의 근로자성은 인정된다는 전제 하에 어느 누구와도 명시적으로 근로계약을 체결하지 아니하고 병원에서 환자에게 간병 서비스를 제공하는 간병인의 근로자성 인정 여부에 관하여 논하고 있는 것이다.

¹⁶⁷⁾ 윤애립, 앞의 논문, 299면.

¹⁶⁸⁾ 수급자의 선택권의 근거와 내용, 범위에 대해서는 제4장에서 다룬다.

¹⁶⁹⁾ 수급자 또는 보호자가 급여비용 중 일부인 본인부담금을 장기요양기관에게 지급하기는 하나 이 본인부담금을 장기요양요원의 사용자로서 장기요양요원에게 급여로 지급하는 것이라고 보기는 어렵다.

¹⁷⁰⁾ 권현정 외, 앞의 논문, 194면.

장기요양기관이 장기요양요원을 고용한 후 수급자의 거주지로 가서 수급자의 요청에 따라 급여를 제공한다는 측면에서 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령에 따라 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 파견근로관계{파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 “파견근로자보호법”이라고 한다) 제2조 제1호}와 혼동한 것으로 보인다.

파견근로관계에서 파견근로자는 사용사업주의 지휘·명령을 받으며, 사용사업주가 파견사업주에게 파견의 대가를 지급하면 파견사업주가 파견근로자에게 임금을 지급한다. 그러나 장기요양기관은 수급자와 근로자파견계약을 체결하는 것이 아니라 장기요양급여제공계약을 체결하고, 장기요양요원은 수급자의 지휘·명령에 종속되어 있지 않으며¹⁷¹⁾, 장기요양기관이 수급자로부터 급여 제공의 대가를 받는 것도 아니므로 재가 요양보호사는 파견근로자에 해당한다고 볼 수 없다. 그리고 파견근로자보호법은 파견이 허용되는 업무를 32개 업종으로 제한하고 있는데(동법 제5조 제1항, 동법 시행령 제2조 제1항 별표 1), 장기요양에 관한 업무는 근로자파견대상업무에 포함되지 않는다. 만약 근로자파견대상업무에 해당하지 않는 업무에 대해 근로자파견사업을 행하거나 근로자파견의 역무를 제공받으면 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해지고(동법 제43조 제1호, 제1의2호), 근로자파견대상업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용한 경우 사용사업주는 해당 파견근로자를 직접 고용할 의무를 진다(동법 제6조의2 제1항 제1호).

따라서 계약 및 급여 제공의 구조, 파견대상업무의 범위 등을 살펴보면, 장기요양기관, 수급자, 장기요양요원 사이의 근로관계가 파견근로관계에 해당한다고 볼 수 없다.

171) 장기요양요원은 장기요양기관과 수급자 사이에 체결된 장기요양급여제공계약 및 장기요양보험법령에 따라 정해진 범위 내에서 수급자에게 급여를 제공할 뿐이고 수급자가 지시하는 어떤 업무라도 해야 하는 것은 아니다.

라. 근로계약 체결 의무를 상위법령에서 규율할 필요성

장기요양기관이 장기요양요원과 근로계약을 체결할 의무는 시행규칙에 규정되어 있는데 이와 관련하여 위헌성 논란이 제기될 수 있다. 법치주의원리에서 도출되는 법률유보원칙은 국민의 기본권과 관련된 중요한 사항에 관하여 법률의 형식으로 규율하도록 요구하고, 반드시 의회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의하여 규율하지는 않더라도 적어도 형식적 의미의 법률에 ‘근거’할 것을 요구한다.¹⁷²⁾ 따라서 법률유보원칙은 형식적 의미의 법률에 근거만 있다면 행정입법(명령·규칙)에 대한 위임을 허용하지만, 행정입법에 대한 위임이 사실상 모든 것을 위임하는 백지위임이 되어 의회입법의 원칙이나 법치주의 원칙을 손상시키는 것을 방지하기 위하여 법률이 구체적으로 범위를 한정하여 행정입법에 위임하도록 하는 ‘포괄위임입법금지의 원칙’이 요구된다.¹⁷³⁾ 포괄위임입법금지의 원칙 위반 여부의 판단은 적어도 법률의 규정에 의하여 행정입법으로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 행정입법에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있는지 즉 예측가능성이 있는지가 기준이 된다(헌법재판소 1995. 7. 21.자 94헌마125 결정 등).

장기요양기관과 장기요양요원 사이의 직접 근로계약 체결에 대하여 법률에 아무런 정함이 없고, 위임의 범위가 한정되어 있지 아니한 상태로 그것을 전적으로 보건복지부장관에게 위임하는 것을 내용으로 하는 노인장기요양보험법 제31조 제2항 및 제32조 제4항은 법률유보의 원칙, 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되어 위헌이라는 견해가 있다.¹⁷⁴⁾ 그리고 노인복지법 시행규칙 제29조 제1항 [별표 9], 노인복지법 시행규칙 제22조 [별표 4], 노인장기요양보험법 시행규칙 제24조 [별표 1]이 노인복지법, 노인장기요양보험법의 규정에 의하여 위

172) 이준일, “사회보장 영역에서 법률유보원칙 -의회유보원칙을 중심으로-”, 『사회보장법학』 제3권 제1호, 2014, 7면, 15면.

173) 이준일, 앞의 논문, 15-16면.

174) 최호영, “장기요양기관 종사자 직접 근로계약체결에 관한 소고”, 『사회보장법연구』 제3권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2014, 110면.

각 시행규칙에서 위와 같은 근로계약 체결 의무가 도출될 것이 전혀 예측될 수 없어 포괄위임입법금지의 원칙을 위배했다는 이유로 법원의 위헌명령·규칙 심사를 통해 무효화 될 수도 있다.

즉 노인장기요양보험법 제31조 제2항은 장기요양기관은 보건복지부령으로 정하는 장기요양에 필요한 인력을 갖추어야 한다고만 규정하고, 동법 제32조 제4항은 인력기준을 보건복지부령으로 정한다고만 있어서 위 규정의 해석에서 장기요양요원과의 근로계약 체결의무에 대한 예측가능성이 있다고 해석하기는 어렵다. 그리고 근로계약 체결을 강제하는 것은 장기요양기관 운영자의 직업의 자유 등을 제한하거나 침해할 소지가 있어 구체성·명확성의 요구가 강화된다고 볼 수 있고(헌법재판소 2007. 4. 26. 2004헌가29 결정 등 참조) 이 경우 포괄 위임입법금지의 원칙에 위반된다고 판단될 여지가 있으므로, 지금과 같이 직접 근로계약 체결에 관하여 시행규칙 별표를 통해 규율하기보다 노인장기요양보험법에서 직접 규율할 필요가 있다.

마. 소결

위에서 살펴 본 바와 같이 현재 장기요양요원의 근로자성에 대한 다툼은 정리된 것으로 보이고, 장기요양요원은 장기요양기관의 근로자에 해당한다. 한편, 일본의 경우를 살펴보면, 개호보험법은 개호서비스사업자와 개호서비스종사자 사이의 계약형태에 관해서는 특별한 규정을 두고 있지 않다. 전형적인 계약으로 생각할 수 있는 것은 근로(고용)계약, 파견계약, (준)위임계약이고, 홈헬퍼, 개호복지사, 사회복지사, 지원전문원 등에 대한 파견이 허용된다.¹⁷⁵⁾ 장기요양요원의 직접 고용을 장기요양기관의 의무로 하지 않는 일본에 비해 장기요양요원의 직접 고용을 의무화하고 장기요양요원의 업무를 근로자파견대상업무에서 제외한 우리의 제도가 노동 관계법령상의 각종 보호를 제공할 수 있다는 측면에서는 장기요양요원에게 유리한 점이 있다고 평가할 수도 있으나, 아래에

¹⁷⁵⁾ 林弘子, 앞의 논문, 484頁.

서 보는 것과 같이 법령에 규정된 보호가 실제로는 작동하지 않는 경우도 많다.

제2절 개별적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위

개별적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위는 기본적으로 사용자인 장기요양기관과의 관계에서 근로기준법 등 개별적 근로관계에 관한 법률 및 둘 사이에 체결된 근로계약의 내용에 따라 결정된다. 이하에서는 개별적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위를 노동관계의 성립 시, 존속 중, 종료 시 등 발생하는 쟁점들을 중심으로 살펴본다.

1. 장기요양기관 및 장기요양요원의 권리의무 일반

장기요양기관은 장기요양요원과 체결한 근로계약에 근거하여 장기요양요원로부터 근로를 제공 받고, 장기요양요원에게 지휘·명령권을 행사할 수 있으며, 인사권·징계권도 행사할 수 있다.

장기요양기관은 근로 제공에 대한 대가로 장기요양요원에게 임금을 지급할 의무를 진다. 장기요양기관의 임금지급의무는 장기요양요원의 근로제공의무와 쌍무적 대가관계에 있다. 그리고 근로계약에 따른 부수적 의무로서 장기요양기관은 장기요양요원의 안전과 건강을 보호할 의무를 지며¹⁷⁶⁾, 이 의무는 장기요양요원의 안전과 건강을 침해하지 않을 소극적 의무뿐만 아니라 예상되는 작

¹⁷⁶⁾ 대법원도 “사용자는 고용 또는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 마련하여야 할 보호의무 또는 안전배려의무를 부담한다.”라고 하여(대법원 1999. 2. 23. 선고 97다12082 판결 등) 사용자의 보호의무 또는 안전배려의무를 근로계약의 부수적 의무로 인정하고 있다.

업상의 위험으로부터 근로자를 안전·건강하게 보호하기 위하여 적절한 조치를 강구할 적극적인 의무를 포함한다.¹⁷⁷⁾

그리고 위에서 살펴 본 바와 같이 장기요양요원은 장기요양기관에게 임금을 지급 받을 권리를 가지고, 업무 수행 중의 안전과 건강의 보호를 위한 조치를 요구할 수 있다.

장기요양요원은 장기요양기관에 소속된 근로자로서 장기요양기관에게 자신의 근로(노동력)를 제공하여야 하고, 장기요양기관의 동의 없이 제3자로 하여금 자기에 갈음하여 근로를 제공하게 하지 못한다(민법 제657조 제2항). 제공할 근로의 내용, 장소, 수행방법 등은 장기요양기관과 장기요양요원 사이의 근로계약의 취지와 내용에 따르며, 장기요양요원은 근로의 내용, 장소, 수행방법 등에 대한 장기요양기관의 지휘·명령에 따라 근로를 제공하여야 한다. 그리고 장기요양요원은 사용자의 이익을 현저히 침해하는 행위를 하지 않고 그 이익을 보호할 신의칙상의 의무, 즉 성실의무의 내용으로서, 근로제공과 관련하여 알게 된 장기요양기관의 영업비밀을 침해하지 않을 영업비밀유지 의무, 장기요양기관과 경쟁기업을 설립·경영하는 등 경업행위를 하지 않을 경업금지의무를 부담한다.¹⁷⁸⁾

2. 노동관계 성립 시의 쟁점 - 근로계약서 작성 및 근로조건의 명시

앞에서 본 바와 같이 장기요양기관은 장기요양요원과 근로계약을 체결하여야

¹⁷⁷⁾ 임종률, 『노동법』, 박영사, 2018, 356면. 한편, 서울특별시 강북구, 도봉구, 송파구의 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례는 “장기요양기관의 장은 고용하는 장기요양요원의 노동환경 개선과 복지 증진을 위해 필요한 조치를 강구하여야 한다.”라고 규정하고 있다(제8조). 장기요양기관의 장에게 소속 근로자인 장기요양요원의 노동환경 개선 및 복지 증진을 위한 조치를 강구할 의무를 부과하고 있지만 구체적인 조치의 내용이나 위반 시 제재조항이 존재하지 않기 때문에 실효성에는 의문이 있다. 위 조항은 위 세 자치구의 조례보다 먼저 제정된 강동구, 노원구 등의 조례들에서는 발견되지 않는 것이다.

¹⁷⁸⁾ 임종률, 앞의 책, 354-355면.

하는데 관련 법령에서는 근로계약을 체결하여야 한다고 정하고 있을 뿐 근로 형태에 대해서는 정함이 없다. 한 연구에 의하면 재가 요양보호사의 경우 시급제 또는 파트타임 비율이 높고 월급제의 비율은 재가 요양보호사가 시설 요양보호사의 절반 수준이라고 한다.¹⁷⁹⁾ 재가급여의 경우 수급자의 사정(시설 입소, 장기요양요원 변경 요청 등)에 따른 변동성이 크며, 공단이 장기요양기관에게 급여제공에 대한 대가로 지급하는 급여비용이 급여제공 시간에 따라 결정되기 때문에 재가 장기요양요원의 임금 체계도 시급제 또는 파트타임 비율이 높은 것으로 여겨진다.

장기요양기관은 근로계약을 체결할 때에 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 휴일, 연차유급휴가에 관한 사항이 명시된 서면을 장기요양요원에게 교부하여야 하고, 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항, 근로기준법 제93조 제1호부터 제12호까지의 규정에서 정한 사항¹⁸⁰⁾ 등을 장기요양요원에게 명시하여야 한다(근로기준법 제17조).¹⁸¹⁾

그리고 ‘기간제근로자’는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자를 뜻하고{기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’) 제2조 제1호}, ‘단시간근로자’란 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종

179) 이해승·유승현, 앞의 논문, 169면.

180) 1. 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항, 2. 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항, 3. 가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항, 4. 퇴직에 관한 사항, 5. 근로자퇴직급여 보장법 제4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항, 6. 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항, 7. 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항, 8. 출산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항, 9. 안전과 보건에 관한 사항, 9의2. 근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항, 10. 업무상과 업무 외의 재해부조(災害扶助)에 관한 사항, 11. 표창과 제재에 관한 사항, 12. 그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

181) 근로기준법 제17조의 근로조건의 명시 의무를 위반한 자는 500만 원 이하의 벌금에 처해진다(근로기준법 제114조 제1호).

류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 의미하는데(근로기준법 제2조 제1항 제9호), 장기요양기관은 장기요양요원과 기간제 근로계약 또는 단시간 근로계약을 체결하는 때에는 근로계약 기간에 관한 사항, 근로시간·휴게에 관한 사항, 임금의 구성항목·계산방법 및 지불방법에 관한 사항, 휴일·휴가에 관한 사항, 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항을 서면으로 명시하여야 하고, 단시간 근로계약의 경우에는 근로일 및 근로일별 근로시간도 서면으로 명시하여야 한다(기간제법 제17조).¹⁸²⁾

3. 노동관계 존속 중의 쟁점

가. 임금

개별적 근로관계에서 임금은 근로조건 중 가장 중요한 요소라고 할 수 있다. 정치학자이자 여성학자인 트론토(Joan C. Tronto) 교수는 공식적인 경제에서 돌봄 노동은 미국 사회에서 가장 저임금 노동의 하나라고 하였다.¹⁸³⁾ 사회학자이자 여성학자인 우에노 치즈코(上野千鶴子) 교수도 재생산비용을 밀도는 조건에서 일하는 노동자의 존재를 전제로 일본 개호노동의 노동시장이 성립해 왔다는 점을 강조한 바 있다.¹⁸⁴⁾ 이러한 사정은 우리나라 장기요양제도에서도 크게 다르지 않다.

급여기준 고시는 “장기요양기관은 요양보호사 등 장기요양요원이 수급자 보호 및 업무능력 향상 등을 위한 교육을 받을 수 있도록 하고, 종사자의 근로환경이 개선될 수 있도록 노력하여야 하며, 급여비용에 포함되어 있는 최저임금

182) 기간제법 제17조를 위반하여 근로조건을 서면으로 명시하지 아니한 자는 500만 원 이하의 과태료에 처해진다(기간제법 제24조 제2항 제2호).

183) 트론토, 앞의 책, 198면.

184) 김수영, “일본 개호보험제도 시행 이후 돌봄 현실의 변화”, 김혜경 편, 앞의 책, 353면.

과 요양보호사의 처우개선을 고려한 인상분을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다(제11조 제1항). 장기요양요원의 보수 조건을 향상시키기 위해 급여비용을 인상하거나 처우개선을 위한 인상분을 적용하더라도 장기요양기관이 이를 장기요양요원에게 전달하지 않으면 장기요양요원의 처우가 향상될 수 없으므로 이와 같은 규정을 두고 있는 것이다. 다만, 이러한 총론적 규정으로는 장기요양요원의 처우 개선이 충분히 이루어질 수 없기 때문에 아래에서 보는 바와 같이 장기요양기관의 인건비 지출비용을 강제하고 있다. 이하에서는 장기요양요원의 임금의 구성 및 내용, 개선방안 등에 대해 검토하려고 한다.

(1) 노동 관계법령상 강행규정을 통한 임금의 보장

(가) 실제 근무시간에 대한 급여 지급

급여기준 고시는 30분 간격으로 방문요양 급여비용을 산정하고 있는데 그 구체적인 내용은 다음과 같다(제18조).¹⁸⁵⁾

[표 1] 방문요양 급여비용

분류번호	분 류	금액(원)
가-1	30분 이상	14,120
가-2	60분 이상	21,690
가-3	90분 이상	29,080
가-4	120분 이상	36,720
가-5	150분 이상	41,730
가-6	180분 이상	46,130
가-7	210분 이상	50,190
가-8	240분 이상	53,940

¹⁸⁵⁾ 2018년 방문요양 급여비용(2018. 1. 12. 보건복지부고시 제2018-6호로 개정된 급여기준 고시 제18조)에 비해 약 4.3% 인상된 수치이다.

위와 같은 산정방법에 따르면, 31분부터 59분까지 근로를 제공하더라도 30분의 급여비용을 적용 받게 된다. 급여비용은 30분 단위로 산정되어 장기요양기관에게 지급되지만, 장기요양기관은 장기요양요원에게 실제로 근무한 시간에 대해 급여를 지급하여야 한다. 장기요양기관이 장기요양요원이 59분을 근로했음에도 장기요양요원에게 위 급여기준 고시와 동일한 기준으로 30분에 대한 급여만을 지급할 경우에는 근로기준법 위반(임금체불)의 문제가 발생한다.¹⁸⁶⁾

실제로 방문 요양보호사 216명(여성 208명, 남성 8명)을 대상으로 한 노동실태 설문조사에 의하면 정해진 시간 이상의 일을 한 적이 있다는 응답이 전체의 82%에 달하였지만(거의 매일한다 - 6%, 자주 한다 - 15%, 가끔 한다 - 61%), 추가근무 시간만큼 시간은 받는다는 응답은 15%에 불과했다.¹⁸⁷⁾

(나) 야간·휴일근로수당의 지급

근로기준법상 오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로는 야간근로로서 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하여야 하므로(근로기준법 제56조 제3항) 장기요양기관은 장기요양요원이 야간근무를 한 경우 장기요양요원에게 근로기준법이 정한 할증률을 적용하여 야간근로수당을 지급하여야 한다. 그런데 현실적으로는 월급명세서에 야간근무수당이 기재되어 있지 않은 사례가 존재한다.¹⁸⁸⁾ 그리고 아래에서 살펴보는 바와 같이 야간에 부여된 휴게시간이 실질적으로 근로시간에 해당한다면 그에 대해 통상임금에 더하여 야간근로수당을 추가로 지급하여야 한다.

그리고 사용자는 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주어야 한다(근로기준법 제55조). 이 유급휴일을 주휴일이라고 한다. 그리고 5월 1일

¹⁸⁶⁾ 노인돌봄서비스 중 방문서비스의 경우 1회 방문 시 2시간을 기본으로 하며, 비용 지급은 서비스 제공시간이 15분 이상 45분 미만은 30분으로 산정하고, 45분 이상인 경우는 1시간으로 산정하고 있다(보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019, 148면).

¹⁸⁷⁾ 한겨레, “어르신 돌보러 방문요양 왔는데...‘발을 매라고요?’”, 2019. 5. 22.

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/894822.html(최종방문일: 2019. 5. 31.)

¹⁸⁸⁾ 권현정 외, 앞의 논문, 195면.

근로자의 날은 근로기준법에 따른 유급휴일에 해당한다(근로자의 날 제정에 관한 법률). 한편 관공서의 공휴일에 관한 규정에서 정한 공휴일¹⁸⁹⁾은 관공서가 아닌 사업장에서는 취업규칙, 단체협약 등에 공휴일을 유급휴일로 한다는 별도의 정함이 없으면 유급휴일에 해당하지 않는다. 그런데 2018. 3. 20. 법률 제 15513호로 근로기준법이 일부개정되면서 일요일을 제외한 공휴일과 대체공휴일도 유급으로 보장하도록 개정되었다(근로기준법 제55조 제2항). 상시 300명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장은 2020. 1. 1.부터, 상시 30명 이상 300명 미만의 근로자를 사용하는 사업장은 2021. 1. 1.부터, 상시 5인 이상 30명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장은 2022. 1. 1.부터 각 시행된다(근로기준법 시행령 제30조 제2항). 사용자는 근로자가 휴일에 근로하도록 하였을 경우에는 8시간 이내인 경우에는 통상임금의 100분의 50, 8시간을 초과한 경우에는 통상임금의 100분의 100을 가산하여 지급하여야 한다(근로기준법 제56조 제2항). 즉 장기요양요원이 위의 법정 유급휴일이나 장기요양기관과 유급휴일로 약정한 날에 근로를 제공하는 경우 위 규정에 따라 휴일근로수당을 가산하여 지급하여야 한다.

만약 위의 규정들을 위반하여 야간근로수당, 휴일근로수당을 지급하지 않을 경우 장기요양기관의 운영자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해진다(근로기준법 제109조 제1항).

(다) 이동시간에 대한 임금 지급

¹⁸⁹⁾ 일요일, 국경일 중 3·1절, 광복절, 개천절 및 한글날, 1월 1일, 설날 전날, 설날, 설날 다음날 (음력 12월 말일, 1월 1일, 2일), 부처님오신날 (음력 4월 8일), 5월 5일 (어린이날), 6월 6일 (현충일), 추석 전날, 추석, 추석 다음날 (음력 8월 14일, 15일, 16일), 12월 25일 (기독탄신일), 공직선거법 제34조에 따른 임기만료에 의한 선거의 선거일, 기타 정부에서 수시 지정하는 날 및 설 연휴, 추석 연휴, 어린이날의 대체공휴일로 지정된 날이 이에 해당한다(관공서의 공휴일에 관한 규정 제2, 3조).

급여기준 고시는 가정방문급여 및 주·야간보호 급여비용은 장기요양요원 등의 이동에 소요되는 교통비를 포함하고, 다만 제21조의 원거리교통비용 및 제 34조의 이동서비스비용은 별도로 산정할 수 있다고 정하고 있다(급여기준 고시 제16조 제2항).

방문요양 및 방문간호급여의 원거리교통비용은 원거리 교통비용 적용대상 수급자의 실 거주지부터 운영 중인 가장 가까운 방문요양 및 방문간호기관까지의 거리에 따라 5km 이상인 경우에만 방문당 산정하고¹⁹⁰⁾, 장기요양기관의 장은 원거리교통비용 적용대상 수급자를 방문하여 방문요양 및 방문간호 급여를 제공한 장기요양요원에게 위 원거리교통비용을 지급하여야 한다(급여기준 고시 제21조). 원거리교통비용은 장기요양기관의 신청에 따라 산정하며, 그 비용은 수급자가 부담하지 않는다(급여기준 고시 제22조 제2항). 장기요양요원이 짧게는 5km 이상 길게는 35km 이상을 이동하여 장기요양급여를 제공하더라도 이동에 소요된 시간에 대한 보상은 없고 교통비 그것도 5km 이상의 이동에 대한 보상만 이루어지고 있기 때문에 교통이 불편하거나 장기요양기관으로부터 거리가 먼 곳에 거주하는 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 것이 회피될 우려가 있다. 실제로 재가 요양보호사가 낮은 급여 수준으로 매일 소요되는 교통비나 식대를 감당하는 것보다 장기적으로 지근거리의 수급자를 배치 받는 것이 더 경제적이어서 자신의 집과 가까운 수급자에게 배치해 줄 것을 요구하는 사례가 있다고 한다.¹⁹¹⁾

¹⁹⁰⁾

분류번호	거 리	금액(원)
거-1	5km 이상 10km 미만	3,400
거-2	10km 이상 15km 미만	5,100
거-3	15km 이상 20km 미만	6,800
거-4	20km 이상 25km 미만	8,500
거-5	25km 이상 30km 미만	10,200
거-6	30km 이상 35km 미만	11,900
거-7	35km 이상	13,600

¹⁹¹⁾ 송영숙, “재가서비스 공급기관의 역할에 대한 제언”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017, 104면. 재가노인지원서비스센터 담당자와의 인터뷰에서도 교통비나 이동시간에 대한 임금은 지급하고 있지 않다고 사실이

근로기준법은 “근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 본다. 다만, 그 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우에는 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 본다.”라고 규정하고 있다(제58조 제1항). 장기요양요원이 방문요양 또는 방문간호를 실시함에 있어 실제로 방문요양 또는 방문간호 급여를 제공한 시간¹⁹²⁾ 이외에 통상적으로 수급자를 방문하기 위해 소요되는 시간에 대해서는 근로시간으로 인정되어야 하고 그에 따른 급여가 지급되어야 할 것이다. 참고로 서울시 실태조사에 의하면 재가 요양보호사가 오전 일을 마치고 오후에 수급자의 집으로 이동하는 데 소요되는 시간은 평균 42분 정도로 파악되었고¹⁹³⁾, 다른 연구에서는 오전 수급자에게 급여 제공 이후 오후 수급자에게 이동하는 데 1시간 30분 정도 소요되는 것으로 조사되었다.¹⁹⁴⁾

이와 관련하여 장기요양기관의 장이 하여서는 아니 되는 행위의 유형 중 하나로 “대통령령으로 정하는 장기요양요원의 이동에 소요되는 시간, 교육·연수 시간을 장기요양요원의 임금에서 공제하는 행위”를 입법하자는 주장이 제기된 바 있는데¹⁹⁵⁾, 노인장기요양법령에 장기요양요원의 이동에 소요되는 시간을 근로시간으로 인정하여 이동시간에 대해 급여를 지급하여야 한다는 내용의 조항이 추가될 필요가 있다고 생각된다.

(라) 포괄임금제

확인되었다. 참고로, 영국에서도 재가돌봄 종사자들은 대부분 가정과 가정 간 이동에 대한 경비를 보상받지 못한다고 한다(캐럴라인 글렌디닝, 앞의 논문, 22면).

192) 이 시간이 소정근로시간에 해당할 것이다.

193) (사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 72면.

194) 이용갑 외, 앞의 보고서, 53면.

195) 윤지영, “노인장기요양보험법 개정현황과 과제”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017, 87면.

근로기준법상 연장근로, 야간근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로), 8시간 이내의 휴일근로를 하는 경우 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 하고, 8시간을 초과한 휴일근로에 대해서는 통상임금의 100분의 100 이상을 가산하여 지급하여야 한다(근로기준법 제56조). 그리고 근로자가 발생한 연차 유급휴가를 1년간 사용하지 않은 경우 사용자는 근로기준법 제61조에 의한 사용 촉진 조치를 하지 않는 한 근로자에게 사용하지 아니한 연차휴가에 대해 연차 유급휴가 미사용수당을 지급하여야 한다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결; 대법원 2000. 12. 22. 선고 99다10806 판결).

그런데 사용자와 근로자 사이에 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당(연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당)까지 포함된 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 기본임금을 미리 산정하면서도 법정 제수당을 구분하지 아니한 채 일정액을 법정 제수당으로 정하여 이를 근로시간 수에 상관없이 지급하기로 약정하는 것을 일컬어 포괄임금제라고 한다.

위와 같은 포괄임금제는 장기요양요원에 대해서도 광범위하게 시행되어, 국민건강보험공단의 2011년 요양보호사 실태 보고서에 의하면, 조사대상 기관 중 42%가 포괄임금제 근로계약을 체결하고 있었다.¹⁹⁶⁾ 시설 요양보호사의 경우 대부분 정규직으로 월급을 받는 반면 재가 요양보호사의 경우 비정규직으로 시급을 받고 있기 때문에¹⁹⁷⁾, 포괄임금제는 월급제가 적용되는 시설 요양보호사와 더 많이 관계된 문제라고 볼 수 있다. 재가 장기요양요원의 근로계약에서는 최저시급에 주휴수당을 합산한 금액을 시급으로 규정하는 경우가 많은데 일정기간 사용이 예정된 경우라면 근로기간 중 사용자가 소정근로일의 근무를 전제로 지급되는 주휴수당을 미리 임금에 포함하여 지급하는 것이 가능하다는 것이 고용노동부의 입장이므로(근로개선정책과-2617, 2012. 5. 14.), 주휴수당을 시급에 포함하여 지급했다고 하여 그 효력이 문제될 가능성은 낮다.

196) 한겨레, “대법 요양보호사 포괄임금제는 무효”, 2016. 9. 20.

http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/761833.html(최종방문일: 2019. 7. 29.)

197) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 161면.

판례는 과거에는 계산의 편의 또는 직원의 근무의욕을 고취하는 뜻에서 근로자의 승낙 하에 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 시간외 근로 등에 대한 제 수당을 합한 금액을 월 급여액이나 일당 임금으로 정하거나 매월 일정액을 제 수당으로 지급하는 내용의 이른바 포괄임금제에 의한 임금지급계약을 체결하였다고 하더라도, 단체협약이나 취업규칙에 비추어 근로자에게 불이익이 없고 제반 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 그 계약은 유효하다고 하면서 포괄임금제의 유효성을 비교적 넓게 인정하고 있었으나, 근래에는 근로시간의 산정이 어려운 경우에 해당하지 않는 한 포괄임금제가 유효하지 않다고 하면서 엄격한 태도를 취하고 있다.

대법원은 감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 것으로 인정되는 경우에는 포괄임금제에 의한 임금 지급계약을 체결하더라도 그것이 달리 근로자에게 불이익이 없고 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 유효하다고 보지만, 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 하므로, 이러한 경우에 앞서 본 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결한 때에는 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는지를 따져, 포괄임금에 포함된 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달한다면 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금 지급계약 부분은 근로자에게 불이익하여 무효라고 판단하고 있다. 이 경우 사용자는 근로기준법의 강행성과 보충성 원칙에 의하여 근로자에게 그 미달되는 법정수당을 지급할 의무가 있다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2011도12114 판결, 대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결 등).

장기요양기관과 장기요양요원 사이에 체결된 포괄임금제 계약의 유효성과 관련하여 다음의 판례를 살펴 볼 필요가 있다. 요양보호사인 원고들이 장기요양기관인 노인센터의 대표와 일체의 법정수당과 상여금 등이 포함된 월정액을 급여로 지급받기로 하는 등의 근로계약을 체결하고 주간(오전 8시 30분 ~ 오

후 6시 30분), 야간(오후 6시 30분 ~ 오전 8시 30분), 휴무의 3교대 근무를 한 사안에서, 검찰은 요양보호사들에게 법정수당을 미지급하여 근로기준법을 위반하고, 최저임금에 미달하는 임금을 지급하여 최저임금법을 위반하였다는 이유로 노인센터의 대표자를 기소하였다.

이에 대해 제1심은 ① 원고들은 3교대로 근무해 왔던 관계로 근무일의 경우 근로기준법상의 기준 근로시간을 초과하는 연장근로와 야간근로 및 휴일근무가 당연히 예상되었던 반면, 요양보호사인 이 사건 근로자들의 업무 특성상 실제 근로시간을 정확하게 산출해 내는 것이 쉽지 않았을 것으로 보이는 점, ② 원고들이 노인센터로부터 지급받은 월급여액은 위 노인센터가 위치한 경기지역의 각 요양기관에서 원고들과 같은 요양보호사로 근무하는 사람들이 지급받은 월급여수준과 큰 차이가 없는 점 등을 근거로 위 포괄임금계약이 유효하다고 판단하였다(의정부지방법원 2014. 1. 9. 선고 2013고정2057 판결).

그러나 제2심은 ① 포괄임금제 적용이 가능한 ‘감시 혹은 단속적 업무에 종사하는 자’의 경우도 근로기준법 제63조에 의하면 ‘사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 경우’에 한하여 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 근로기준법 규정이 적용되지 아니하므로, 포괄임금제가 인정되기 위하여는 엄격한 요건이 필요한 점, ② 이 사건 노인센터의 요양보호사는 주간에는 08:30에 출근하여 1시간의 휴게시간을 제외하고는 18:30까지 9시간 동안 주로 중증 치매환자인 요양대상자의 기저귀를 갈아주고 식사할 때 거들어 주며 목욕을 시켜주고 청소하고 약을 챙겨 주는 등 수발을 하는 업무를 하는 등 출·퇴근 시간 및 근로를 제공하는 장소가 정해져 있고 정해진 일과에 따라 상당한 밀도의 업무를 한 점, ③ 이 사건 노인센터의 요양보호사는 야간에는 18:30에 출근하여 다음날 08:30까지 근무하면서, 요양대상자의 기저귀를 갈아주고 요양대상자가 비상벨을 누르면 가서 돌보았으며 새벽에 요양대상자를 물수건으로 얼굴을 닦아주고 아침식사를 도와주는 등의 업무를 하였는데, 야간에는 성격이 돌변하는 요양대상자들이 많고 수시로 벨을 누르는 경우가 많아 낮보다 밤이 힘들다는 진술이 있었고, 근로계약서에는 야간근무시간 중 4시간의 휴게시간을 정하였으나 요양보호

사는 야간에도 요양대상자가 비상벨을 누르는 경우가 있어 늘 대기상태에 있었으며 1시간을 넘는 휴게시간은 없었던 것으로 보여 야간근무시간의 경우에도 요양보호사들의 육체적·정신적 부담이 상당하였던 것으로 보이는 점 등 여러 사정들을 종합하면, 이 사건 노인센터의 요양보호사들의 업무가 근로시간 산정이 어려운 것으로 볼 수 없고, 포괄임금제를 적용함으로써 최저임금법에서 정한 최저임금에도 못 미치는 임금을 지급하여 원고들에게 불이익이 있다 할 것이므로 이 사건 포괄임금제 약정은 무효라고 판시하였다(의정부지방법원 2014. 6. 19. 선고 2014노153 판결). 상고심도 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 하면서 상고를 기각하여 노인센터 대표자에 대해 근로기준법과 최저임금법 위반죄로 벌금 100만 원의 유죄 판결이 확정되었다(대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결).

위와 같은 법리에 따라 장기요양기관과 장기요양요원 사이의 포괄임금제 계약이 유효한지 여부에 관하여 살펴보면, 시설 장기요양요원은 시설 내에서 근무하고 그 업무 내용이 정해져 있으므로 근로시간 산정이 불가능하다고 할 수 없고, 재가 장기요양요원의 경우에도 급여제공 시간이 구체적으로 산정되고 이 동에 소요되는 시간도 측정이 불가능하다고 할 수 없으므로, 장기요양기관이 장기요양요원과 포괄임금제 근로계약을 체결하더라도 장기요양요원의 근로시간을 산정하기 어려운 경우에 해당하지 않기 때문에 이들에 대해서는 포괄임금제 계약을 체결하더라도 그 효력이 인정되지 않는다고 본다.

그 경우 장기요양기관은 장기요양요원에게 실제 근로시간 전부에 대해 산정한 임금에서 실제로 지급한 임금을 공제한 금액을 추가로 지급하여야 한다. 그리고 이전에 지급하지 않은 임금에 대해서는 임금채불의 문제가 발생한다. 보건복지부가 2013. 1. 16.경 배포한 시설 종사자 표준근로계약서는 임금 항목 중 연장수당, 야간수당, 휴일수당을 별도로 표기하도록 하고 “연장수당, 야간수당, 휴일근로수당을 작성하지 않을 경우 월 임금 전체를 기본급으로 간주하여, 연장·야간·휴일근로수당을 별도로 지급해야 합니다.”라고 명시하고 있는데, 이는 시설 종사자 특히 요양보호사에 대해 포괄임금제 명목으로 법정수당이 지

급되지 않는 현실에 대한 개선의지를 담고 있다고 할 수 있다.

(마) 부적법한 급여 공제의 금지

임금은 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하는데(근로기준법 제43조 제1항 본문), 이를 ‘임금전액불의 원칙’이라고 한다. 사용자가 각종 명목으로 임금을 공제하는 것을 금지하여 근로자의 경제생활의 안정을 도모하려는 것이다. 다만, 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에는 임금의 일부를 공제하거나 통화 이외의 것으로 지급할 수 있다(동조 제1항 단서). 근로기준법에서는 법령과 단체협약을 임금 공제의 근거로 들고 있지만, 판례는 “사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 경우에 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 터잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제42조 제1항 본문에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이고, 다만 임금 전액지급의 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다.”라고 하여 근로자의 자유로운 의사에 의하여 체결된 상계계약에 의한 임금 공제의 유효성을 인정하고 있다(대법원 2001. 10. 23. 선고 2001다25184 판결). 한편 임금전액불의 원칙을 위반하여 임금의 일부를 공제한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해진다(근로기준법 제109조 제1항).

그런데 2013년 서울시 실태조사에서는 급여에서 퇴직금 항목을 공제한 비율이 18%, 기부금 항목을 공제한 비율이 8.3%로 조사되었는데¹⁹⁸⁾, 퇴직금은 퇴직 시점에서야 비로소 발생하는 채권이므로 이를 미리 공제할 수 없고, 기부금도 장기요양요원의 자유로운 명시적 동의를 받지 않고 공제하였을 경우 임금전액불 원칙 위반에 해당할 수 있다. 한편, 장기요양기관은 영리를 목적으로 본인부담금을 면제하거나 감경하는 행위를 하여서는 아니 되고(법 제35조 제5항), 이를 위반하면 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다

¹⁹⁸⁾ (사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 68면.

(법 제67조 제1항 제3호). 그리고 장기요양기관의 장은 장기요양요원에게 수급자가 부담하여야 할 본인부담금의 전부 또는 일부를 부담하도록 요구하는 행위를 하여서는 아니 되고(법 제35조의4 제2항 제2호), 이러한 요구를 한 경우 장기요양기관 취소 또는 업무정지 사유가 되며(법 제37조 제1항 제3의4호), 500만 원 이하의 과태료가 부과된다(법 제69조 제1항 제3의2호). 수급자로부터 받아야 할 본인부담금을 수급자에게는 면제하거나 감경해 주고 이를 장기요양요원의 급여에서 공제하는 경우 이는 임금전액불의 원칙에 반할 뿐만 아니라 법 제35조 제5항 위반에 해당하여 형사처벌의 대상이 된다.

(2) 가족 요양보호사에 대한 적절한 대가의 지급 문제

가족 요양보호사는 돌봄의 사회화를 위해 노인장기요양보험이 도입되었음에도 수급자에게 돌봄을 비공식적으로 제공해 오던 가족이 요양보호사 자격을 취득하여 기존과 동일하게 수급자에게 돌봄을 제공하고 그에 대한 대가를 보험재정에서 지급 받는 공식적 돌봄과 비공식적 돌봄이 중첩되는 영역이다. 이러한 가족 요양보호사는 제도 시행 초창기인 2008년에는 수급자와 가족 관계에 있는 요양보호사의 방문요양급여 청구건수가 전체의 1.6%였던 것에 비해 2012년에는 전체 재가서비스 영역에서 일하는 요양보호사의 38.4%에 이를 정도로 급속하게 증가하였고, 이에 대해 정부는 가족 요양보호사에 의하여 급여가 제공되는 경우 급여로 인정되는 시간을 줄여오다가 2011. 8. 동거, 비동거를 구분하지 않고 가족 요양보호사의 경우 1일 60분, 한 달 20일간만 급여를 청구할 수 있는 것으로 방침을 변경하였다.¹⁹⁹⁾

현재까지 이 변경된 방침이 그대로 유지되어 장기요양요원 자격을 가진 동거 또는 비동거 가족이 장기요양급여를 제공할 수 있으나, 이 경우 가족이 아닌 장기요양요원의 경우에 비해서 급여인정시간이 제한되어 있다. 즉 수급자의

199) 양난주, “가족요양보호사의 발생에 대한 탐색적 연구: 한국의 노인장기요양보험제도에서 가족은 왜 요양보호사가 되었나?”, 『한국사회정책』 제20집 제2호, 2013, 98-99면.

가족이 요양급여를 제공하는 경우 1일 60분(21,690원), 월 20일의 범위 내에서 산정한다(급여기준 고시 제23조 제4, 5항). 단, 65세 이상의 요양보호사가 배우자에게 장기요양서비스를 제공하거나 치매로 인하여 폭력 성향, 피해망상, 부적절한 성적 행동을 보이는 등 특별한 경우가 있을 경우 1일 90분, 월 20일을 초과하여 산정할 수 있다(급여기준 고시 제23조 제6항). 한편, 가족인 요양보호사가 일정한 직업에 종사하면서 가족인 수급자에게 급여를 제공한 경우에는 급여비용을 산정하지 아니한다. 일정한 직업에 종사한다는 것은 소속된 직장(장기요양기관 포함)에서 근무한 시간의 합이 월 160시간 이상인 경우를 말하고, 이 경우 요양보호사가 가족인 수급자에게 제공한 시간은 포함하지 아니한다(급여기준 고시 제23조 제3항).

가족 요양보호사에 대해 일간 급여제공 시간과 월간 급여제공 일수를 제한하는 것이 적법한지에 관하여 살펴보면, 근로기준법은 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”라고 규정하고 있는데(제6조),²⁰⁰⁾ 수급자와 가족관계에 있다는 이유만으로 가족이 아닌 요

200) 서울고등법원은 근로기준법 제6조에서 차별의 근거로 들고 있는 항목 중 문언 자체가 비교적 명확한 개념인 ‘성별’, ‘국적’, ‘신앙’과 달리, ‘사회적 신분’이라는 개념은 학계에서도 그 개념이 포섭하는 범위에 관하여 입장이 나뉘고 있는 바, 근로기준법 제6조 위반에 대하여서는 형사적 처벌을 전제로 한 벌칙조항이 있는 만큼 예측 가능성이 있도록 해석되어야 할 것이라고 하면서 그런 점에서 근로기준법 제6조에서 들고 있는 ‘사회적 신분’이라고 보려면, 같은 조항에서 차별의 근거로 들고 있는 다른 항목들과 대등하다고 할 수 있을 정도의 특성, 즉 쉽게 변경할 수 없다는 의미에서의 고정성이 전제되어야 할 것이라고 판시하였다(서울고등법원 2018. 5. 25. 선고 2017나2039724 판결). 그리고 사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 말하고 사회적 신분에는 선천적 신분뿐만 아니라 자기 의사에 의해서도 피할 수 없는 후천적 신분도 포함되므로, 후천적으로 근로자가 상당기간 동안 차지하고 있고 개인의 의사로 쉽게 변경할 수 없는 인격적 표지로서 소수자의 차별로 연결되기 쉬운 사회적 지위도 이에 포함된다고 해석함이 타당하다고 판시한 바 있다(서울고등법원 2017. 11. 24. 선고 2016나2070186 판결). 이에 비추어 보면 ‘가족’은 보통 선천적으로 발생하는 지위이고, 쉽게 변경할 수 없다

양보호사의 급여제공과 달리 취급하는 것은 선천적 신분에 따른 부당한 차별에 해당될 수 있다.²⁰¹⁾

한편 “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”에서는 가족이 수급자에게 직접 요양서비스를 제공하는 경우에 대한 지원제도를 체계적으로 재설계하고, 현행 가족요양비 및 가족인 요양보호사 제도를 하나로 통합하여 통일된 현금급여를 지급하는 방안 등 제도 개선안을 마련할 것을 계획하고 있다.²⁰²⁾ 그런데 현행 가족요양비는 월 15만 원에 불과하고 노인장기요양보험이 도입된 이래로 한 번도 상향 조정된 적이 없으므로 현재 수준의 가족요양비는 가족인 요양보호사의 근로제공에 대한 정당한 보상이 될 수 없고, 가족인 요양보호사의 노동의 가치에 대한 제대로 된 평가 및 보상이 이루어져야 한다.²⁰³⁾

다만 이와 관련해서는 가족 요양보호사가 가족에게 제대로 된 급여를 제공하지 않는 경우가 많고, 가족 요양보호사에 대한 교육이나 관리가 허술한 경우가 대부분이며, 돌봄노동을 완전히 사회화하여 전문적인 요양보호사를 통해 수급자가 급여를 받게 하는 것이 수급자에게도 더 양질의 급여를 제공하는 방법이 될 수 있다는 관점에서 가족 요양보호사 제도에 반대하는 견해도 존재한다.²⁰⁴⁾ 재가급여의 경우 장기요양기관을 통해 급여 제공시간과 활동이 점검되는 데 비해 가족 요양보호사는 장기요양기관과 대단히 형식적인 관계만 유지하기 때문에 이들이 적정 시간, 적정한 급여를 제공하고 있는지 확인하고 점검

는 측면에서는 위 사회적 신분의 표지에 해당한다고 볼 여지가 있다.

201) 독일은 주돌봄자 비상상황 시 대체 돌봄비용을 최대 4주 동안 지원하는데, 급여신청 전 최소 6개월 동안 요보호노인과 동거하며 돌봄을 제공할 것을 전제로 하며, 사회법전 제11권 제39조(SGB XI §39)를 근거로 한다(최인희 외 3인, 『노년기 가족돌봄의 위기와 지원방안 연구』, 한국여성정책연구원, 2014, 43면).

202) 보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 21면.

203) 이와 관련하여 민법상 부양의무를 지는 자(민법 제826조에 의한 부부간의 부양의무, 민법 제974조에 의한 친족 간 부양의무)인 장기요양요원이 피부양 대상자인 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 경우 이를 부양의무와의 관계상 어떻게 평가할 것인지의 문제가 있는데, 이에 대한 연구는 후속 과제로 남겨둔다.

204) 서울시 어르신돌봄종사자 종합지원센터 센터장과의 인터뷰.

하기가 어려운 것이다.²⁰⁵⁾ 또 이러한 가족 요양보호사 제도의 결과 돌봄의 가족화를 하지 않겠다는 정책 목표와는 달리 실질적으로는 가족이 노인을 돌보는 재가족화가 진행되는 모순구조가 성립된다는 지적이 있다.²⁰⁶⁾ 이러한 우려를 반영하여 정책적으로는 가족 요양보호사로부터 급여를 제공 받았던 수급자에게 가족이 아닌 장기요양요원이 장기요양급여를 제공하도록 하여, 수급자의 가족은 가족이 아닌 장기요양요원이 수급자에게 급여를 제공하는 동안 휴식을 취하거나 다른 업무를 처리하도록 하는 것이 바람직하다. 이렇게 하는 것이 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등에게 장기요양급여를 제공함으로써 수급자의 건강증진 및 생활안정을 도모할 뿐 아니라 ‘가족의 부담을 덜어줌’으로써 ‘국민의 삶의 질을 향상’하도록 하려는 장기요양보험법의 목적에 부합하기 때문이다(법 제1조). 그리고 보다 본질적으로는 표준적인 급여 공급을 통해 사회 전체 욕구를 모두 충족하기는 쉽지 않으므로 돌봄의 제도화를 보완하는 가족돌봄의 지원방안에 대해 모색하고 개발하여 노인장기요양보험제도가 본래 목적에 부합하게 시행하는 데 긍정적으로 작용하도록 할 필요가 있다.²⁰⁷⁾

나. 근로시간과 휴식

장기요양요원의 근로조건 중 근로시간과 휴식 역시 매우 중요한 문제라고 할 수 있다. 근로시간과 휴식은 장기요양요원의 삶의 질 및 재생산과 관련될 뿐만 아니라 근로시간과 휴게시간의 설정은 임금에도 영향을 미치기 때문이다. 이하에서는 근로시간과 휴게시간, 교육시간, 휴가의 보장 등에 대해 검토한다.

(1) 근로시간

²⁰⁵⁾ 양난주, 앞의 논문, 120면.

²⁰⁶⁾ 송다영, “돌봄의 사회화와 복지국가의 지연(遲延)”, 『한국여성학』 제30권 4호, 2014, 143면.

²⁰⁷⁾ 양난주, 앞의 논문, 125면.

장기요양요원은 근로자이기 때문에 근로기준법상 근로시간에 대한 규율이 적용된다. 장기요양요원의 근로시간 제도와 관련하여 보건복지부의 발표에 의하면 시설 요양보호사의 가장 일반적인 근로 형태는 8시간 3교대(62.7%)이고, 12시간 맞교대 형태의 근로자는 전체 종사자의 20.5%에 해당한다. 재가 요양보호사의 경우 요양보호사 1인당 평균적으로 하루 1명(1.17명, 2017년 연말 기준)의 수급자의 가정에 방문하고 있다.²⁰⁸⁾ 한 설문조사에서는 노인요양시설의 근무형태는 2교대 42.6%, 3교대 42.6%, 야간고정 2.3%, 24시간 근무 8.8%인 것으로 조사되었다.²⁰⁹⁾

가정방문급여의 급여제공 시간은 간호사(또는 치과위생사, 간호조무사)·요양보호사가 수급자의 가정에 도착했을 때부터 필요한 급여를 제공하기 위한 준비, 급여의 제공 및 마무리에 소요된 총 시간을 말하며, 주·야간보호급여의 급여제공시간은 장기요양요원 등이 수급자의 가정에 도착했을 때부터 급여 제공 후 다시 수급자의 가정에 도착한 시간까지로 한다(급여기준 고시 제16조 제1항).

그런데 요양보호사가 정해진 급여 제공시간을 초과하여 급여를 제공하는 것은 요양보호사의 어려움 중 하나로 보고되고 있다. 예를 들어 시간이 많이 걸리는 병원, 은행 등 외출에 동행하였다가 돌아온 후 일상적으로 제공해 오던 취사, 청소, 신체지원활동을 안 할 수가 없어 어쩔 수 없이 급여 제공시간을 넘겨 일하는 경우가 발생한다.²¹⁰⁾ 요양보호사는 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자이기 때문에 수급자에게 서비스를 제공한 시간에 따라 임금을 지급 받아야 한다. 하루 최대 급여 제공 시간이 정해져 있는 장기요양보험의 구조상 시간초과 활동에 대한 금전적 보상이 어렵다면, 다음 날의 급여 제공 시간을 전날 초과된 시간만큼 단축하는 조치라도 이루어져야 할 것이다.

그리고 사회복지사업은 근로자대표와의 서면 합의를 통해 주 12시간을 초과

208) 보건복지부, “보도설명자료”, 2018. 9. 10.

209) 손미아 외, 앞의 책, 287면.

210) 권나경·양난주, “노인과 요양보호사의 갈등에 관한 연구”, 『노인복지연구』 제 73권 3호, 한국노인복지학회, 2017, 158면.

하여 연장근로를 하거나 휴게시간을 변경할 수 있는 근로시간 및 휴게시간의 특례업종에 해당되었으나(구 근로기준법 제59조 제4호, 시행령 제32조), 2018. 7. 1.부터 시행된 근로기준법 개정법률에 따라 특례업종에서 제외되었다. 그리고 위 개정법률에 따라 50인 이상 300인 이하 사업장은 2020. 1.부터, 5인 이상 50인 미만 사업장은 2021. 7.부터 1주(7일)간 52시간을 초과한 근로를 할 수 없게 된다. 시설 장기요양요원의 경우 24시간 격일제 근무를 하거나 2교대 근무를 할 경우 주당 근로시간이 52시간을 상회하게 되므로, 3교대 근무를 실시할 필요가 있다.

(2) 휴게시간의 보장

(가) 근로시간과 휴게시간의 준별

근로기준법 제50조 제3항은 “근로시간을 산정함에 있어 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다.”(라고 규정하고 있다. 그리고 동법 제54조는 휴게시간과 관련하여 “사용자는 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 한다.”(제1항), “휴게시간은 근로자가 자유롭게 이용할 수 있다.”(제2항)라고 정하고 있다. 위 근로기준법 제54조를 위반하여 휴게시간을 주지 않은 경우 사용자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다(근로기준법 제110조 제1호, 제54조). 이상의 규정을 종합하면, 근로시간과 휴게시간은 상호 구별되고 휴게시간에 해당하는 경우 근로시간에 해당하지 않는데, 사용자의 지휘·감독 아래에 있다면 현실적으로 작업을 하고 있지 않은 대기시간도 근로시간에 해당하고, 사용자의 지휘·감독에서 벗어나 근로자가 자유롭게 이용할 수 있는 시간은 휴게시간에 해당하는 것으로 해석된다.

판례의 태도도 위 근로기준법의 규율 내용과 일치하는데, 대법원은 “근로기준법상의 휴게시간이란 근로자가 근로시간의 도중에 사용자의 지휘·명령으로부터 완전히 해방되고 또한 자유로운 이용이 보장된 시간을 의미”한다고 보았고

(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다20548 판결), “근로기준법상의 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말한다. 근로자가 작업시간 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고, 실질적으로 사용자의 지휘·감독 아래 놓여 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다.”라고 판시하고 있다. 이러한 법리에 따라 최근 대법원 판례는 “피고(아파트 입주자대표회의)가 관리소장을 통해 문서로 지시한 특별지시, 직원 중요숙지사항 등은 경비원들에게 별도의 취침시간과 취침장소가 없다는 전제에서, 야간휴게시간에 근무초소(경비실) 내의 의자에 앉아 가면상태를 취하면서 급한 일이 발생할 시 즉각 반응하도록 지시한 점, 야간휴게시간에 근무초소(경비실) 내의 조명을 켜 놓도록 한 점, 야간휴게시간에 피고의 지시로 시행된 순찰업무는 경비원마다 매번 정해진 시간에 이루어지지 않았고, 이로 인하여 나머지 휴게시간의 자유로운 이용이 방해된 것으로 보이는 점 등을 종합하며 보면, 원고(아파트 경비원)들의 야간휴게시간은 자유로운 이용이 보장되는 휴식·수면시간으로 보기 어렵고, 혹시 발생할 수 있는 긴급 상황에 대비하는 대기시간으로 볼 여지가 충분하다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결). 또한 대법원은 24시간 근무 후 24시간을 쉬는 격일제로 근무한 경비원의 점심시간 1시간, 저녁시간 1시간, 심야시간 4시간을 근로시간에서 제외하고 최저임금을 산정한 사안에서, “적어도 원심으로서 원고들의 점심·저녁식사 및 심야시간의 근무실태에 대하여 구체적으로 심리해 본 후 사용자인 피고의 지휘명령으로부터 완전히 해방되어 원고들의 자유로운 이용이 보장된 식사시간 및 수면시간이 주어진 것으로 인정되는 경우에 한하여 그 시간만을 실제 근로시간에서 제외하였어야 할 것”이라고 판단하였다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다41990 판결).

고용노동부도 휴게시간과 대기시간의 구별에 관하여, “휴게시간이란 휴게시간, 대기시간 등 명칭 여하에 불구하고 근로자가 사용자의 지휘감독으로부터 벗어나 자유로이 사용할 수 있는 시간을 말하므로 현실적으로 작업은 하고 있

지 않지만 단시간 내에 근무에 임할 것을 근로자가 예상은 하고 있으나 사용자로부터 언제 취로 요구가 있을지 불명한 상태에서 기다리고 있는 시간, 이른바 대기시간은 사용자로부터 취로하지 않을 것을 보장받고 있지 못하기 때문에 휴게시간으로 볼 수 없고 근로시간으로 보아야 할 것임.”이라고 하여 위 판례의 입장과 유사한 입장을 취하고 있고(법무 811-28682, 1980. 5. 15.), 학설의 태도 역시 판례, 고용노동부의 입장과 동일하다.²¹¹⁾

(나) 요양보호사들의 개인적 휴식시간을 휴게시간으로 보아 근로시간에서 공제할 수 있는지 여부

이상의 근로기준법, 판례, 행정해석, 학설의 태도를 종합하여 보면, 휴식시간이 근로시간이 아닌 휴게시간으로 인정되기 위해서는 (i) 특정한 시간대가 휴게시간이라는 점이 사전에 정해져서 근로자가 알고 있고, (ii) 해당 시간 중에는 근로자가 사용자의 지휘·감독에서 완전히 벗어나 자유로이 이용할 수 있도록 보장되어 있어야 하는 것으로 판단된다. 그리고 사용자의 지휘·감독에서 벗어나 자유로운 이용이 보장되어 있다고 인정되기 위해서는, 사용자로부터 언제 업무 지시가 있을지 불명한 상태에서 기다리고 있는 시간이어서는 아니 되고, 급한 일이 있을 경우 즉시 반응해야 하는 경우에 해당하여서도 아니 된다.

한 언론기사에 소개된 사례를 살펴보면, 충북 청주의 한 요양병원에서 일하는 요양보호사 A씨는 저녁 6시에 출근해 아침 9시까지 꼬박 15시간을 치매 환자를 돌보고 있는데, 치매 환자의 특성상 잠시도 눈을 뗄 수 없는 근무환경이지만 A씨는 그중 7시간을 휴게시간으로 부여받아 실제로는 8시간에 해당하는 급여만 받고 있다. 하지만 휴게시간이라고 해서 수시로 올려대는 호출벨을 무시할 수 없기 때문에 실제로는 휴게시간 동안에도 제대로 쉴 수 없어 7시간의 무급 노동을 영위하고 있다고 한다.²¹²⁾ 그리고 최저임금이 인상되자 급여를

211) 임종률, 앞의 책, 2018, 453면; 김형배, 『노동법』, 박영사, 2018, 463면.

212) 아웃소싱타임즈, “정당한 근로대가조차 받을 수 없는 요양보호사.. 처우개선 시급”, 2018. 12. 17.

<http://www.outsourcing.co.kr/news/articleView.html?idxno=83526> (최종방문일: 2019.

올려주지 않기 위해 요양보호사의 야간근로시간에 휴게시간을 추가하여 동일한 시간 동안 근로를 제공함에도 불구하고 요양보호사에게 지급되는 야간근로수당을 줄이는 사례도 발견되고 있다.²¹³⁾

시설 요양보호사의 야간 휴식시간이 휴게시간으로 인정되는지 여부는 구체적인 근로양태에 위 관례상 기준을 적용하여 판단되겠지만, 시설 요양보호사의 휴게시간의 경우 야간에 비상사태가 발생하거나 수급자의 요청이 있을 경우 언제든지 그 지시에 응해야 할 경우가 많을 것이라는 점에서, 휴게시간을 미리 지정하고 독립된 휴게장소를 제공하며 실질적으로 방해 받지 않고 휴식을 취할 수 있도록 하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 장기요양기관의 지휘·감독에서 완전히 벗어나 자유로이 이용할 수 있도록 보장되어 있다고 보기 어려워 근로기준법상 근로시간 산정에서 제외되는 휴게시간에 해당하지 않을 것이다.

(3) 장기요양요원의 교대 대기·인수인계·교육시간의 근로시간 산입 여부

교대제로 근무하는 시설 요양보호사의 경우 교대근무가 시작되기 전에 미리 와서 대기해야 하고, 그날 일이 끝나고 나면 다음 교대자에게 인수인계를 하는 사례가 많다.²¹⁴⁾ 장기요양기관이 시설 요양보호사에게 교대를 위해 근무조 시작시간 전에 출근할 것을 명하거나 교대 근무시간이 종료된 후에 다음 교대조 근무자에게 인수인계를 하도록 하고 있다면 이 역시 근로시간에 산입되어야 할 것이다. 그리고 교육시간 역시 교육을 실시하면서 장기요양요원에게 참석 의무를 부여하는 경우에는 장기요양기관의 지휘·감독 아래에 있는 시간이므로 근로시간에 해당한다. 따라서 장기요양기관이 소정 근로시간 이외의 시간에 교육을 실시한다면 장기요양요원에게 그에 대한 수당을 지급하여야 한다.

6. 3.)

213) 연합뉴스, “최저임금 올라도 열악한 임금 그대로 ... 요양보호사 파업”, 2018.

11. 28. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181128086100051?input=1179m>(최종방문일: 2019. 6. 3.)

214) 권현정 외, 앞의 논문, 195면.

(4) 휴가 등의 보장

근로기준법상의 연차휴가제도는 근로자가 인간다운 생활을 할 수 있는 헌법상의 권리가 구체화된 것으로 근로자에게 일정 기간 동안 사용자에게 대한 취업의무로부터 해방됨으로써 육체적·정신적 피로를 회복하여 노동력을 유지·증진할 수 있는 기회를 제공하도록 하는 제도이다(부산지방법원 1996. 9. 6 선고 95나5506 판결). 사용자는 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자 또는 1년간 80퍼센트 미만 출근한 근로자에게 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 하고, 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 한다(근로기준법 제60조 제1, 2항). 그리고 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 제1항에 따른 휴가에 최초 1년을 초과하는 계속 근로 연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 한다(동조 제4항). 즉 입사하여 1년이 되기까지는 1개월 만근 시마다 연차휴가가 1일씩 발생하고, 1년이 경과하는 동안 80퍼센트 이상 출근하거나 출근한 것으로 간주되는 경우에는 15일의 연차휴가가 발생하며, 최대 25일을 한도로 2년이 경과할 때마다 1일씩 연차휴가가 증가한다. 즉 1년 동안 근무하면 1년 미만 시 발생하는 11일(1개월 만근 시마다 발생하는 연차휴가), 1년 근무 시 발생하는 15일을 합산하여 총 26일의 연차휴가가 발생한다.

사용자는 원칙적으로 위 연차휴가를 근로자가 청구한 시기에 주어야 하고(동조 제5항 본문), 다만 근로자가 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있다(동조 제5항 단서). 즉 근로자는 자신이 원하는 시기에 연차휴가를 사용할 수 있는 권리가 있으며, 만약 사용자가 ‘사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우’에 해당하지 않음에도 근로기준법 제60조 제1항, 제2항, 제4항을 위반하여 근로자가 연차휴가를 청구한 시기에 부여하지 않는 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다(근로기준법 제110조 제1호).

근로자의 연차휴가 시기지정에 대해 사용자가 시기변경권을 행사할 수 있는

사유인 ‘사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우’의 의미에 관하여, 서울고등법원은 “‘사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우’란 근로자가 지정한 시기에 휴가를 준다면 그 사업장의 업무 능률이나 성과가 평상시보다 현저하게 저하되어 상당한 영업상의 불이익을 가져올 것이 염려되거나 그러한 개연성이 엿보이는 사정이 있는 경우를 말한다. 이를 판단할 때에는 근로자가 담당하는 업무의 성질, 남은 근로자들의 업무량, 사용자의 대체 근로자 확보 여부, 다른 근로자들의 연차휴가 신청 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다. ... 단순히 참가인이 연차휴가를 사용함으로써 근로 인력이 감소되어 남은 근로자들의 업무량이 상대적으로 많아진다는 일반적 가능성만으로 시기변경권이 인정되지 않는다.”라고 판시한 바 있고(서울고등법원 2019. 4. 4. 선고 2018누57171 판결), 서울행정법원은 “사용자가 그 시기변경권을 행사할 수 있는 요건인 ‘사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우’라 함은 ‘근로자가 지정한 시기에 휴가를 주는 경우 그 사업장의 업무 능률이나 성과가 평상시보다 현저하게 저하되어 상당한 영업상의 불이익 등이 초래될 것으로 염려되거나 그러한 개연성이 인정되는 사정이 있는 경우’를 의미한다고 할 것이고, 이를 판단함에 있어서는 기업의 규모, 업무량의 증대, 사용자의 대체 근무자 확보 여부, 근로자가 담당하는 업무의 성질, 다른 근로자의 시기 지정과의 관계 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 하며, 그 요건이 충족되었다는 점은 사용자가 이를 증명하여야 할 것이다.”라고 판시한 바 있으며(서울행정법원 2016. 8. 19. 선고 2015구합73392 판결), 위 두 사건에서 법원은 사용자의 시기변경권 행사가 적법하지 않다고 판단하여 ‘사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우’를 엄격하게 제한적으로 인정하려는 경향을 보인다.

그런데 장기요양요원의 휴가권은 상당히 제한되고 있다. 서울시 실태조사에서 영리법인 소속은 32.4%, 개인사업자 소속은 27.4%만이 연차휴가를 자유롭게 사용할 수 있다고 응답하였고, 연차휴가를 자유롭게 사용하지 못하는 이유로는 ‘대체근무자가 없어서 사용불가’인 경우가 전체의 24.9%를 차지하였다.²¹⁵⁾

대체인력 지원은 재가 장기요양요원의 병가, 휴가, 산재 발생 시 수급자에 대한 급여 제공의 중단을 예방하고 장기요양요원의 일자리를 유지하기 위해 필요하나, 열악한 기관의 상황으로 장기요양요원이 아픈 것을 참으며 일하거나, 휴가를 가지 못하는 것이 대부분이다.²¹⁶⁾ 요양보호사의 업무 강도가 높음에도 재충전을 위한 휴가 사용 등이 어렵기 때문에 요양보호사들은 1년 남짓 근무하면 소진(번아웃)이 되고, 한 기관에서 1년을 근무하여 퇴직급여를 받고 퇴직한 후 실업급여를 받으며 쉬었다가 다른 기관에 재취업하는 현상이 요양보호사에게 관행처럼 나타나고 있다고 한다.²¹⁷⁾ 이처럼 휴가를 제대로 사용할 수 없는 현실은 요양보호사의 이직률을 높이는 원인 중 하나가 되고 있고, 앞에서 살펴본 바와 같이 요양보호사의 이직률이 높아지면 장기요양급여의 질도 떨어질 개연성이 높다.

뒤에서 보는 바와 같이 현재 노인요양시설 인력배치기준은 수급자 2.5명당 1명의 요양보호사를 배치하는 것으로 정해져 있는데(노인복지법 시행규칙 [별표 4]6. 직원의 배치기준), 이 배치기준은 총 입소자수 대비 요양보호사의 총정원수로 나눈 것으로서 교대근무, 휴일, 휴무자를 고려하지 않은 기준이다. 이와 같이 현실의 급여제공 상황을 고려하지 않은 인력배치기준만 충족하면 되고 예비인력을 고용할 의무가 없는데다가 대체인력 제도마저 없는 상황은 결국 장기요양요원의 권리(연차휴가사용권, 시기지정권 등)의 침해를 야기하게 되는 것이다.

따라서 장기요양요원의 휴가를 보장하기 위해 대체인력 지원 정책을 마련할 필요가 있다. 다만 영세한 민간영리 장기요양기관이 많은 현실에서 각 장기요양기관에게 기존 장기요양요원의 휴가를 보장하기 위해 대체인력을 고용하라고

215) (사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 71면. 그리고 재가노인지원서비스센터 담당자와의 인터뷰에서도 소속 요양보호사에게 휴가를 보장해 주지 않고 있다고 하였다. 그리고 인터뷰 과정에서 확보한 근로계약서들에서도 방문요양 시급에 연차휴가수당을 미리 포함하여 지급하는 경우가 다수 발견되었다. 요양보호사가 연차휴가를 사용하지 않는 것을 전제로 제도를 운영하고 있는 것이다.

216) 석재은·류임량, 앞의 논문, 127면.

217) 권현정 외, 앞의 논문, 203면.

강제하기는 용이하지 않으므로, 지역별로 공공 거점기관을 설치하고 위 기관에서 대체인력을 운영하도록 하여 휴가권을 구조적으로 보장하는 방안을 검토해 볼 필요가 있다.²¹⁸⁾

이와 관련하여, 아동돌봄서비스의 경우 보육교사가 휴가, 연수 등 공백이 발생했을 경우 이에 대응하기 위해 지방자치단체가 육아종합지원센터에 고용되어 있는 대체교사를 어린이집에 파견하여 보육교사들의 업무를 대신 수행하도록 하는 대체교사 제도를 두고 있는데, 이러한 대체교사 지원은 궁극적으로는 보육서비스 질 제고를 1차적 목표로 하고 있고, 보육교사의 전문성, 보육교사의 복지증진, 보육교직원 업무경감, 안심보육 환경 구축 등의 세부효과를 기대할 수 있다.²¹⁹⁾ 2016년에는 전국 보육교사 198,631명 중에 42,298명의 교사가 대체교사를 지원 받아 22.3%의 보육교사에게 대체교사가 지원된 것으로 조사되어 있다.²²⁰⁾ 따라서 아동돌봄에서의 대체교사 제도를 참조하여 장기요양에 있어서도 뒤의 제5장에서 살펴보는 장기요양요원지원센터 또는 사회서비스원 등의 공공적 성격을 갖는 기관에 장기요양요원의 대체인력을 고용하고 이들을 통해 장기요양기관 소속 장기요양요원이 대체 인력을 제공 받아 휴가, 보수교육 등을 받을 수 있도록 하는 시스템의 구축이 필요하다. 다만 현행 장기요양보험제도는 장기요양기관이 직접 고용한 장기요양요원이 해당 장기요양기관과 장기요양급여제공계약을 체결한 수급자에게 장기요양급여를 제공하도록 되어 있으므로, 장기요양요원지원센터 또는 사회서비스원이 장기요양기관의 지위를 갖추도록 하거나, 대체인력 지원의 경우에 한하여 수급자가 장기요양급여제공계약을 체결한 장기요양기관이 직접 고용한 장기요양요원이 아닌 사회서비스원 등 공공기관이 고용한 장기요양요원으로부터 급여를 제공 받을 수 있도록 허용하는 입법적 조치가 필요한 것으로 생각된다. 장기요양 급여를 제공하는 업

218) 석재은(2017), 앞의 글, 61면.

219) 조막래, “돌봄노동을 대체하는 돌봄노동자의 삶과 쟁점 - 서울시 어린이집 대체교사 근로 실태를 중심으로-”, 이화여자대학교 젠더법학연구소 학술세미나자료집, 2019, 58면.

220) 조막래, 앞의 글, 62면.

무는 근로자파견대상업무에 해당하지 않으므로 파견의 형태로 대체인력을 장기요양기관에 제공할 수는 없다는 점을 유의하여야 한다. 한편 파견근로자보호법은 근로자파견대상업무에 해당하지는 않더라도 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에는 근로자의 파견을 허용하고 있는데(제5조 제2항), 연차휴가, 교육 등도 ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’ 또는 ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우’에 해당하여 이로 인한 대체인력 파견이 허용되는지를 검토할 필요가 있다. 이에 대하여 고용노동부는 연차휴가, 교육·훈련, 장기출장, 노조 전임기간 등으로 업무공백이 발생하였다 하더라도 이는 사전에 충분히 예측이 가능하고 기존직원의 업무 대행이 가능한 통상적인 인력운용의 측면이 강하여 ‘출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우’나 ‘일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우’에 해당된다고 보기 어렵다고 판단하고 있으므로(고용평등정책과-835, 2010. 10. 21.), 장기요양요원의 연차휴가 사용 또는 교육이 파견근로자보호법 제5조 제2항의 예외사유에 해당하여 대체인력 파견이 허용된다고 보기는 어려울 것으로 판단된다.

다. 여성노동의 보호

장기요양요원의 대다수는 여성이므로 근로기준법상 여성노동 보호에 관한 규정들이 적용된다. 사용자는 18세 이상의 여성에게 야간근로나 휴일근로를 시키려면 그 근로자의 동의를 받아야 한다(근로기준법 제70조 제1항, 제110조). 특히 야간근로 중에는 업무상 재해가 발생할 위험이 높아지므로 야간근로 시 여성 요양보호사의 동의를 반드시 얻도록 하여야 한다. 그리고 임신 중인 근로자에 대해서는 다음과 같은 보호 규정들이 있다. 사용자는 임신 중의 여성 근로자가 요구하는 경우에는 쉬운 종류의 근로²²¹⁾로 전환하여야 하고(동법 제74조

221) 임신 여성 본인이 그 신체적 조건에서 감당할 수 있는 업무로서 원칙적으로 본인이 요구한 업무를 의미한다.

제5항 후단, 제110조), 임신 중인 여성 근로자에게는 탄력적 근로시간제를 적용하지 아니하며(동법 제51조 제3항), 시간외근로(연장근로)를 시켜서는 아니 되고(동법 제74조 제5항, 제110조), 임신부에게 야간근로와 휴일근로를 시키지 못하고(동법 제70조 제1항)²²²⁾, 임신 중인 여성근로자가 모자보건법 제10조에 따른 임신부 정기 건강진단을 받는 데 필요한 시간을 청구하는 경우 이를 유급으로 허용하여야 하고(동법 제74조의2), 출산 전과 출산 후를 통하여 90일(한 번에 둘 이상의 자녀를 임신한 경우에는 120일)의 출산전후휴가를 주어야 한다(동법 제74조).

이러한 여성노동 보호 또는 모성 보호 조항들은 여성 장기요양요원에게도 동일하게 적용되고, 특히 시설에서 근무하는 여성인 장기요양요원에게 적용되는 부분이 많을 것이다.

라. 장기요양기관의 부당한 업무 요구로부터의 보호

수급자의 부당한 업무 요구에 대해서는 아래 제4장에서 다루는데, 장기요양기관에 의해서도 부당한 업무 요구가 발생하고 있다. 시설 요양보호사의 경우 83%가 요양보호사 본연의 업무와 관계없는 시설 청소를 거의 매번 하고, 빨래나 오물 청소를 거의 매번 한다고 답한 이는 74%였다.²²³⁾ 장기요양요원이 장기요양기관에 고용된 근로자이기는 하지만 장기요양요원은 공적 사회보험제도인 장기요양급여의 제공을 위해 고용된 인원이고, 그 급여도 국민이 낸 보험료를 주된 재원으로 한다는 점에서 일반적인 근로자들과는 차이가 있다. 장기요양기관이 장기요양요원에게 지시할 수 있는 업무의 범위를 법적으로 규율하지는 않고 있는데, 장기요양요원이 수급자에 대한 급여 제공과 관계없는 업무(예

²²²⁾ 산후 1년이 지나지 아니한 여성의 동의가 있는 경우, 임신 중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우로서 고용노동부장관의 인가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제70조 제2항 단서 제2, 3호).

²²³⁾ 프레시안, “요양보호사 A씨의 전쟁 같은 나날”, 2012. 7. 9.

<http://www.pressian.com/news/article/?no=106617> (최종방문일; 2019. 7. 1.)

를 들어, 장기요양기관의 정원의 잡초 뽑기)를 하지 않도록 규율하고, 수급자의 일상생활 지원과 무관한 청소, 빨래, 오물 청소 등은 하지 않도록 규범적으로 정할 필요가 있다. 수급자의 일상생활 지원과 무관한 업무는 장기요양기관이 장기요양요원이 아닌 다른 근로자를 고용하거나 업무를 위탁하여 수행하여야 할 것이다.

이와 관련하여 국민건강보험공단이 2016년 요양원을 대상으로 현지조사를 진행하여 요양보호사로 등록된 직원 4명이 실제로는 조리원과 사무원으로 근무했다는 사실을 적발하고, 위 요양원에 대해 2017년 약 9,600만 원의 장기요양급여비용 환수처분을 한 사안에서, 요양원은 조리업무는 요양보호사의 업무에 포함된다고 하면서 위 환수처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 이에 대해 서울고등법원은 “노인복지법 시행규칙에 명시된 인력 배치기준의 취지는 각 전문분야에 전문 종사자를 배치함으로써 수급자에게 적정하고 전문화된 양질의 서비스를 제공하기 위한 것이므로 노인요양시설에는 요양보호사와 별도로 조리업무를 담당하는 조리원을 두어야 하고, 노인요양시설에는 요양보호사와 별도로 조리업무를 담당하는 조리원을 두어야 한다. 요양보호사가 조리원을 겸직하게 하거나 요양보호사로 하여금 조리원 업무를 전담하게 할 수는 없다고 봄이 타당하다.”라고 판시하였다.²²⁴⁾ 장기요양요원에게는 장기요양요원의 업무를 맡겨야 하고, 장기요양요원의 업무가 아닌 업무를 장기요양요원이 겸직하게 하거나 전담하게 할 수 없다는 점을 분명히 한 것이다.

마. 비정규직의 보호

일반적으로 파견 근로자, 기간제 근로자, 단시간 근로자 등을 일컬어 비정규직이라고 하는데, 장기요양요원은 장기요양기관과 대부분 1년 단위의 근로계약

²²⁴⁾ 데일리메디, “법원 조리전담직원, 요양보호사 인정 안돼”, 2019. 5. 18.

<http://www.dailymedi.com/detail.php?number=843171&thread=22r01>(최종방문일: 2019. 5. 18.)

을 체결하고 있고, 재가 장기요양요원 중에는 단시간 근로자의 비중이 높다. 단시간 근로자의 경우 노동 관계법령상 여러 보호를 받지 못하게 된다는 문제가 있다. 이하에서 비정규직 보호와 관련된 쟁점을 살펴본다.

(1) 계약기간 - 입사일부터 케어대상자의 임종 시까지로 계약기간을 정하는 것이 허용되는지

기간제법 제4조 제2항에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우 동 2년을 초과한 시점부터 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 보도록 하고 있다. 그리고 동법 제4조 제1항 제1호에서는 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당하는 사업(장)은 기간제근로자의 계약기간을 그 사업이 완료되는 때까지로 정할 수 있도록 하면서 당해 계약기간이 2년을 초과하고 이에 따라 동 근로자의 계속고용기간이 2년을 넘는 경우에도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 보지 않도록 예외규정을 두고 있다.

요양보호사의 근로계약기간을 ‘입사일부터 케어대상자의 임종시까지’²²⁵⁾로 정할 수 있는지에 대하여, 고용노동부는 “기간제근로자를 사업의 완료에 필요한 기간을 정하여 고용하는 경우는 사업의 시작과 끝이 명확한 유기사업에 종사하면서 그 사업이 끝날 때까지의 기간을 정하여 근로계약을 체결하는 것으로, 건설공사처럼 날씨 등의 요인에 크게 좌우되는 사업의 경우 공사완료일을 확정할 수 없으면서 공사의 진행과정을 볼 때 그 완료일을 어느 정도 추정할 수는 있으나 구체적인 최종일자를 예정하기 어려운 경우에 있어서는 ‘공사가 종료될 때까지의 기간을 고용한다’고 계약을 체결할 수 있을 것이나, 요양보호사의 ‘케어대상자의 임종시까지’의 계약은 그 존속기간의 시간적 측정이 객관적으로 명백하지 않고 고용기간의 만료가 케어대상자의 주관적 사정에 의존하게 되는 계약으로 존속기간의 약정이 있는 근로계약이라고 볼 수는 없을 것으

225) 이러한 근로계약 종기를 설정하는 것은 민법 제103조의 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효가 될 가능성도 존재한다.

로 사료됨. 따라서 요양보호사의 근로계약기간을 ‘입사일부터 케어대상자의 임종시까지’로 근로계약을 체결하는 것은 계약기간의 만료시점을 예정하기 어려워 기간의 정함이 있는 근로계약으로 적절하지 않을 것으로 사료되었으며, 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 경우로 볼 수도 없을 것이므로 동법 제4조 제1항 제1호에 따른 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에도 해당되지 않을 것으로 판단됨.”이라는 행정해석을 한 바 있다(고용차별개선과-1070, 2012. 5. 30.).

이러한 해석은 기간제의 사용기간을 제한하여 고용의 안정성을 높이려는 기간제법 제4조의 취지에 부합한다고 생각되며, 장기요양기관과 요양보호사가 근로계약기간을 ‘입사일부터 케어대상자의 임종시까지’로 근로계약을 체결하였다고 하더라도 해당 요양보호사가 2년을 넘게 근무한 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주된다.²²⁶⁾ 근로계약 시 정했던 케어대상자가 해당 요양보호사가 근무를 시작한 지 2년이 지난 이후에 임종을 한다고 하더라도 장기요양기관은 계약만료를 이유로 근로계약을 종료시킬 수 없으며, 해당 요양보호사와의 근로계약 관계를 종료시키기 위해서는 이를 정당화할 수 있는 다른 이유가 있어야 한다.

(2) 정규직 비율에 따른 인센티브 제공

서울시가 2013년 요양보호사 680명을 대상으로 실시한 서울시 요양보호사 처우개선 방안연구에 따르면 대상자 중 97.4%가 비정규직으로 조사되었다.²²⁷⁾

²²⁶⁾ 한편, 노인돌봄서비스 사업에서 수행기관에 고용되어 돌봄서비스를 제공하는 거점서비스관리자, 서비스관리자, 생활관리사, 노인돌보미 등 서비스 제공 인력에 대해서, 보건복지부는 기간제법 제4조 제1항 제5호, 시행령 제3조 제2항 제1호의 “다른 법령에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우”에 해당하여 계속고용기간이 2년을 넘기더라도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 보지 않는다고 판단하고 있다(보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019, 93면).

²²⁷⁾ 우혜숙 외, “서울시 요양보호사 처우개선 방안 연구”, 서울특별시의회·한국요양보호사협회, 2013, 24면.

비정규직은 정규직에 비해 열악한 근로조건에 처할 가능성이 높으므로, 정규직 비율에 따라 장기요양기관에게 급여비용 인센티브를 제공하여 정규직 비율을 높이는 방안을 고려할 필요성이 있다.

(3) 초단시간 근로자의 처우

4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대해서는 주휴일과 연차휴가에 대한 규정이 적용되지 않고(근로기준법 제18조 제3항), 퇴직급여제도도 적용되지 않는다(근로자퇴직급여보장법 제4조 제1항 단서). 그리고 장기근속장려금 지급 조건상 방문요양의 경우 최근 48개월의 기간 중 월 60시간 이상 근무한 기간이 36개월 이상 되어야 하므로(급여기준 고시 제11조의4), 초단시간 근로자는 장기근속장려금도 수령할 수 없다. 따라서 주당 소정근로시간이 15시간 미만인 재가 요양보호사의 경우 더욱 열악한 근로조건에 놓이게 된다. 이러한 초단시간근로 장기요양요원의 발생을 지양하거나 초단시간근로 장기요양요원을 보호하기 위한 조치가 필요하다.

이와 관련하여 서울시 어르신돌봄종사자 종합지원센터 센터장은 월 60시간 이상 근로자를 고용할 경우 급여비용 인센티브를 제공하는 방식을 제안했는데, 초단시간 근로자는 수입이 적을 뿐만 아니라 노동법상 여러 보호를 받지 못하여 특히 열악한 처지에 놓인다는 것을 감안하면 월 60시간 이상 고용한 근로자에 대해 급여비용 인센티브를 지급하여 장기요양기관이 근로자를 초단시간으로 고용하는 것을 줄이도록 유도하는 방식도 고려해 볼만하다. 그리고 사회서비스원 또는 공공 장기요양기관에서 장기요양요원을 월급제로 고용하여 통합 재가급여를 제공하는 것도 대안의 하나가 될 수 있다.

바. 고충의 처리

(1) 장기요양요원의 고충 해소를 위한 조치의무

시장 방식으로 이루어지는 노인장기요양서비스 공급에서 재가요양기관은 요

양보호사의 방문요양서비스 공급에서 개입과 중재, 조정의 역할을 별도로 수행하기보다 알선과 소개의 역할에 그치고 있어²²⁸⁾, 수급자와 장기요양요원 사이에 갈등이 발생할 경우 이러한 갈등으로부터 장기요양요원을 보호하는 역할을 제대로 수행하지 못하고 있다는 점이 지적되어 왔다.

2018. 12. 11. 법률 제15881호로 노인장기요양보험법이 일부개정되어 장기요양기관의 장이 장기요양요원이 ① 수급자 및 그 가족이 장기요양요원에게 폭언·폭행·상해 또는 성희롱·성폭력 행위를 하는 경우, ② 수급자 및 그 가족이 장기요양요원에게 제28조의2 제1항 각 호에 따른 급여외행위의 제공을 요구하는 경우로 인한 고충의 해소를 요청하는 경우 업무의 전환 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 적절한 조치를 하여야 한다는 조항이 신설되었다(법 제35조의4 제1항). 이 신설 조항은 2019. 6. 12.부터 시행되었는데 이에 따라 2019. 6. 11. 대통령령 제29833호로 일부개정된 노인장기요양보험법 시행령에 의하면 장기요양기관의 장은 장기요양요원이 법 제35조의4 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하여 고충의 해소를 요청하는 경우에는 해당 장기요양요원의 업무를 전환하는 등의 조치를 해야 하고, 이 경우 장기요양기관의 장은 해당 수급자 또는 수급자 가족과 상담을 실시해야 한다(법 시행령 제14조의3). ‘업무배치전환’은 수급자나 그 가족 측의 문제를 해결하지 않은 채 피해를 당한 장기요양요원은 해당 수급자 업무에서 분리하고 다른 장기요양요원을 다시 투입하는 일을 막을 수 없으므로 본질적인 해결 방안이라고 볼 수 없고, 그 외의 다른 조치의 내용은 노인장기요양보험법에서 업무의 전환 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 적절한 조치를 하여야 한다고 규율하였음에도 동법 시행령에서 해당 장기요양요원의 업무를 전환하는 등의 조치를 해야 한다고만 정함으로써 결과적으로 법 제35조의4 제1항의 적절한 조치에 대한 법원의 해석에 맡겨지게 되었다. 장기요양기관이 수급자 확보를 위해 치열한 경쟁을 하고 있는 상황에서 장기요양보험법이 적절한 조치의 구체적인 내용을 정하지 않는 것은 장기요양요원의 보호(법 제35조의4의 표제가 장기요양요원의 보호이다)를 위해

²²⁸⁾ 권나경·양난주, 앞의 논문, 160면.

적절하지 않다고 판단된다. 업무 전환 이외에 장기요양기관이 취할 수 있는 또는 취해야 하는 조치의 내용을 예시하고 기타 이에 준하는 조치 등 일반조항을 두어 예시된 조치 이외의 조치도 가능하게 하는 것이 타당하다. 다만, 장기요양기관이 장기요양요원에 대한 보호의무를 위반한 것으로 인정될 경우 예를 들어 수급자로부터 장기요양요원이 성희롱을 당했고 해당 요원이 장기요양기관에게 조치를 요구하였음에도 아무런 조치를 하지 아니하고 오히려 장기요양요원에게 가해 수급자에게의 서비스 제공을 강요하는 일이 발생한다면, 장기요양기관은 장기요양요원에 대해 보호의무 위반 및 노인장기요양보험법 제35조의4의 조치의무 위반으로 인한 손해배상책임을 지게 될 수 있다.²²⁹⁾

한편 2019. 6. 11. 동법 시행령을 개정하면서 장기요양요원지원센터가 법 제35조의4 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 장기요양요원의 고충을 해소하기 위하여 심리·법률·고충 분야의 전문가로 구성된 자문위원회를 둘 수 있도록 하는 조항을 신설하였는데(법 시행령 제18조의2), 장기요양요원의 고충해소를 위해 장기요양요원지원센터에 자문위원회를 둘 수 있도록 하는 것 자체는 장기요양요원의 고충해소에 도움이 되는 측면이 있겠지만, 자문위원회라는

229) 통신사 콜센터 상담원으로 근무하다 우울증이 발병 내지 악화된 감정 노동자에 대한 회사의 손해배상책임 인정 여부와 관련하여, 서울남부지방법원은 “이른바 ‘감정노동(emotional labor)’을 수행하는 근로자의 경우 고객에게 즐거움 같은 감정적 반응을 주도록 요구되는 동시에 사용자로부터 감정 활동의 통제, 실적 향상 및 고객 친절에 대한 지속적인 압력을 받고 있어 이로 인한 우울증, 대인 기피증 등 직무 스트레스성 직업병에 심각하게 노출되어 있다고 할 것이다. 피고 회사는 고객의 무리한 요구나 폭언에 대하여 근로자를 보호하기 위하여 적극적인 조치를 취하지 않은 채 고객의 입장에만 지나치게 집중한 나머지 오히려 근로자 개인에게 책임을 떠넘기고 사실관계를 따져보지도 않은 채 일방적으로 사과를 지시함으로써 근로자인 원고로 하여금 무력감, 인격적인 모멸감을 주었고, 이는 사용자로서 당연히 부담하는 보호의무 내지 배려의무를 위반한 것이다.”라고 판시하여 사용자의 보호의무 내지 배려의무 위반으로 인한 손해배상책임을 인정한 바 있는데(서울남부지방법원 2013. 6. 21. 선고 2012가단25092 판결), 이러한 판례 법리는 장기요양기관과 장기요양요원 사이에도 적용될 수 있을 것이다.

명칭에서도 볼 수 있듯이 ‘자문’을 담당하기 때문에 강제력 있는 조치를 할 권한이 없고 법령상으로도 자문위원회가 무엇을 할 수 있는 것인지에 대한 아무런 정함이 없으며, 무엇보다도 장기요양요원지원센터 자체가 서울 지역을 제외하고는 제대로 활성화되어 있다고 보기 어렵기 때문에 장기요양요원지원센터에 자문위원회를 두도록 하는 것만으로 장기요양요원의 고충이 충분히 해소될 수 있으리라고 기대하기는 어렵다.

인터뷰 과정에서 입수한 근로계약서 중에는 고충처리 해결이라는 표제 하에 ① 장기요양요원은 업무처리 과정에서 수급자나 그 가족에 의한 부당한 대우나 업무 외에 잡일, 성적 괴롭힘, 잦은 교체요구 등의 갈등 등의 고충사유가 발생한 때에 즉시 장기요양기관에게 서면 또는 구두상담 요청을 하고, ② 장기요양요원의 ①에 따른 상담요청이 있을 경우 장기요양기관은 고충처리 절차에 따라 공정한 고충처리의 책임을 다하고, ③ 장기요양요원은 ①, ②의 고충처리를 이유로 법적기준이나 사회통념에 비추어 장기요양요원의 명백한 과실이나 고의에 의한 사유를 제외하고는 장기요양기관 또는 수급자나 그 가족으로부터 어떤 불이익한 처분을 받지 않을 권리가 있다는 조항을 둔 것이 있었다. 위와 같은 내용이 장기요양요원의 근로계약에 포함된다면 장기요양요원의 고충을 처리하는 데에 적지 않은 도움이 될 수 있을 것으로 판단된다.

(2) 직장 내 고충상담 기구의 설치

장기요양요원의 업무는 감정노동의 성격을 지니고 업무 수행 과정에서 스트레스, 고충이 발생할 수 있다. 만약 장기요양기관 내에 장기요양요원의 고충상담 기구가 존재하여 장기요양요원의 스트레스나 고충 해결을 지원한다면 장기요양요원의 근무환경이 개선됨은 물론 장기요양급여의 질도 향상될 수 있을 것이다.

장기요양기관은 장기요양요원의 업무수행 또는 일상생활에서 발생하는 스트레스, 개인의 고충 등 업무저해요인의 해결을 지원하여 장기요양요원을 보호하고, 생산성 향상을 위한 전문가 상담 등 일련의 서비스를 제공하는 근로자지원

프로그램을 시행하도록 노력하여야 한다(근로복지기본법 제83조 제1항). 장기요양기관과 근로자지원프로그램 참여자는 위 제1항에 따른 조치를 시행하는 과정에서 근로자지원프로그램 참여 장기요양요원이 공개할 대상이나 내용에 대하여 동의한 경우를 제외하고는 장기요양요원의 비밀이 침해받지 않도록 익명성을 보장하여야 한다(동법 제83조 제2항, 동법 시행령 제55조).

근로복지기본법상 직장 내 고충상담 기구로서의 근로자지원프로그램 시행 규정은 법적인 구속력이 없는 노력하여야 한다는 내용이어서 장기요양기관 내 직장 고충상담 기구 설치를 실효성 있게 보장할 수 없다. 일정 규모 이상의 장기요양기관에 대해서는 직장 내 고충상담 기구의 설치를 의무화 하는 조치가 필요하고, 일정한 요건을 갖춘 경력 요양보호사에 대해 요양관리사 등 다른 직책을 부여하고 그의 임무 중 하나로 장기요양요원에 대한 고충 처리 업무를 부여하는 방안도 검토해 볼 만하다. 네덜란드의 가정건강보조원(home health aides)은 주말에 서로 만나 자신들의 돌봄에 대해 의견을 나누고 기록해 둔 것들을 비교하며 긴장을 푸는 주말 시간을 업무 시간의 일부분으로 진행한다고 하는데²³⁰⁾, 이를 참조하여 장기요양요원들이 함께 모여 서로의 고충에 대한 의견을 나눌 수 있는 시간을 유급으로 부여하는 정책도 생각해 볼 수 있다.

그리고 보건복지부가 2013. 1. 16. 배포한 시설 종사자 표준근로계약서에 첨부된 ‘근로계약서 작성 시 참고사항’에는 기관측은 수급자 가족이나 수급자 본인에 의한 파출부와 같은 잡일 부탁이나 성적 괴롭힘, 잦은 교체 요구 등으로 갈등이나 문제가 발생하였을 경우 이를 해결할 수 있는 분쟁처리나 고충해결 절차를 구체적으로 명시하고, 위와 같은 분쟁이나 고충이 발생하였을 경우 규정에 마련된 분쟁해결 절차나 고충해결 절차에 따라 해결할 수 있음을 정확히 설명하며, 요양보호사가 위와 같은 분쟁이나 고충으로 수급자 내지 그 가족들과 갈등이 있더라도 이를 이유로 불이익한 처우를 받지 않을 권리가 있음을 명시하고, 그 명시 규정을 정확히 설명하도록 규정하고 있는데, 보건복지부는 장기요양기관이 위와 같은 참고사항을 준수하도록 장기요양기관을 교육하고 감

230) 트론토, 앞의 책, 328면.

독하여야 한다.

4. 노동관계 종료 시의 쟁점

장기요양요원은 장기요양기관에 ‘소속’되어 노인등의 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 업무를 수행하는 자를 의미하므로(노인장기요양보험법 제2조 제5호), 장기요양요원과 장기요양기관과의 근로계약 관계가 사직, 해고, 합의해지 등으로 종료되면 해당 장기요양요원은 더 이상 장기요양기관에 소속되어 있지 않으므로 장기요양요원의 지위를 상실하게 된다. 즉 장기요양요원이 근로계약 종료로 장기요양요원의 지위를 상실하면 노인장기요양 관련법령에 기한 장기요양요원에 대한 권리·의무는 적용되지 않게 된다. 이후 해당 인원이 장기요양기관과 근로계약을 체결하고 노인등에게 요양급여를 제공하면 다시 장기요양요원의 지위를 획득하고 노인장기요양 관련법령에 따른 권리·의무의 적용을 받게 된다. 이하에서는 정년, 퇴직금과 관련된 쟁점들을 살펴본다.

가. 정년제도의 재검토 필요성

2019. 3. 11. 공공 돌봄전담기관인 서울시 사회서비스원이 출범하였는데, 정년을 만 60세로 하려고 한다는 계획이 알려지자 전국요양서비스노동조합 서울지부는 2019. 4. 2. 이에 대해 반대하는 기자회견을 개최한 바 있다.²³¹⁾ 정년제도는 고령인구의 노동력을 사장시켜버림으로써 고령화 사회에서 경제활동 인구의 감소를 초래할 수 있다.²³²⁾

국민건강보험공단에 따르면, 2017. 7.말 기준으로 실제 요양보호사로 종사하

231) 매일노동뉴스, “서울시 사회서비스원 정년 만60세 계획 철회하라”, 2019. 4. 3. <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=157669> (최종방문일: 2019. 6. 3.)

232) 이철수, “고령자 고용과 정년제의 법적과제”, 『노동법연구』 제15호, 서울대학교 노동법연구회, 2003, 107면.

는 351,379명 중 60대는 124,389명(35.4%)로서 50대에 이어 두 번째로 많은 연령대를 차지한다.²³³⁾ 그리고 2018년 고령자통계에 의하면 2017년 우리나라 60-64세 고용률은 60.6%, 65-69세 고용률은 45.5%, 70-74세 고용률은 33.1%로서 60세 이상임에도 계속하여 일하는 비율이 상당히 높은 실정이다.²³⁴⁾ 법상 사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 하는데(고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제19조 제1항), 일할 수 있는 능력이 아니라 단순히 연령을 기준으로 근로할 기회를 제한하는 것은 연령차별의 문제를 야기할 수 있다. 연령차별의 문제와 조화를 이루는 정년제도를 위해서는 첫째 정년연령이 적어도 연금수급연령 이상이어야 하고, 둘째 연령차별을 최소화하기 위해 퇴직시점에 대한 근로자의 선택권이 보장될 필요가 있다.²³⁵⁾ 정책적으로 정년으로 인한 노동기회의 상실을 보전할 방안을 강구하여야 하고, 근로자가 일정한 연령까지 노동한 이후에 근로의무로부터 면제되어 사회적으로 사회 복지 등의 혜택을 받으며 사회적 ‘휴식권’을 누릴 수 있는 이른바 ‘사회적 정년’으로의 발상의 전환이 필요하다.²³⁶⁾

나. 퇴직급여의 보장과 퇴직공제제도의 도입 필요성

1년 이상 계속근무하고 퇴직하는 장기요양요원은 장기요양기관에게 법이 정한 퇴직금을 청구할 수 있다. 그런데 장기요양기관 중에는 퇴직하는 장기요양요원에게 퇴직금을 지급하지 않는 곳이 존재한다.²³⁷⁾ 시설 장기요양기관과 방문 장기요양기관을 한 건물에서 운영하면서 1년이 되기 전에 장기요양요원의 근무처를 바꾸는 편법을 사용하여 장기요양요원에게 퇴직금을 지급하지 않는 경우도 보고되고 있다.²³⁸⁾ 기본급에 퇴직금을 포함하여 지급하는 경우도 발생

²³³⁾ 류임량, 앞의 논문, 202면.

²³⁴⁾ 통계청, 2018년 고령자통계, 2018.

²³⁵⁾ 이울경, “고령자 근로권의 보장에 관한 연구 - 정년제에 대한 비판적 고찰-”, 서울대학교 박사학위논문, 2016, 136면.

²³⁶⁾ 이철수, 앞의 논문, 108면, 117면.

²³⁷⁾ 권현정 외, 앞의 논문, 197면.

하고 있는데²³⁹⁾, 사용자와 근로자가 매월 지급하는 월급과 함께 퇴직금으로 일정한 금원을 미리 지급하기로 약정한 경우 그 퇴직금 분할 약정은 원천적으로 무효이다(대법원 전원합의체 2010. 5. 20. 선고 2007다90760 판결).

1년 이상 근무하고 퇴직하여 퇴직금이 발생한 장기요양요원에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급하지 아니할 경우 장기요양기관의 운영자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해지는데(근로자퇴직급여 보장법 제44조 제1호, 제9조), 장기요양기관이 장기요양요원에 대한 퇴직금 지급의무를 준수하도록 감독할 필요성이 있다.

그리고 재가 장기요양요원들은 수급자의 시설 입소, 사망, 장기요양기관 변경 등으로 인해 일자리가 불안정하고, 이 때문에 1년 이상 하나의 장기요양기관에서 근무하기 어려워 퇴직급여의 혜택을 받지 못하는 경우가 있는데, 이와 같은 방문 장기요양요원의 퇴직급여 보장을 위해서 건설업 일용근로자를 위해 마련된 퇴직공제제도와 유사한 제도의 도입을 고려해 볼 만하다.

건설현장의 일용직 노동자들은 일용직의 특성상 퇴직금을 비롯한 노동 관계 법령상의 보호를 제대로 받지 못하는 경우가 많은데, 건설산업기본법은 대통령령으로 정하는 건설공사를 하는 건설업자는 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률에 따른 건설근로자 퇴직공제제도에 가입하도록 하고(제87조 제1항), 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률에서는 건설근로자자의 노후소득과 생활보장을 위하여 퇴직금제도를 대신하여 퇴직공제제도를 마련하고 있다. 퇴직공제제도는 사업주가 건설근로자를 피공제자로 하여 건설근로자공제회에 공제부금을 납부하고, 공제회는 당해 피공제자가 건설업에서 퇴직·사망하거나 60세에 이른 때에 사업주가 납부한 공제부금에 소정의 이자를 더하여 퇴직공제금을 지급하는 제도이다(제2조 제5호, 제14조 제1항).

건설근로자퇴직공제제도와 같은 퇴직공제제도를 장기요양요원에 대해 도입한다면 장기요양요원의 노후소득 및 복지증진에 기여할 수 있을 것이다.

238) 이견복, 앞의 글, 19면.

239) (사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 65면.

제3절 집단적 근로관계에서의 장기요양요원의 지위

1. 노동조합및노동관계조정법상 근로자 해당 여부

임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자는 노동조합법상 근로자이고(동법 제2조 제1호), 대법원은 노동조합법상 근로자의 요건에 대해 “노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”라고 판시하고 있으며(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결 등), 노동조합법상 근로기준법상 근로자보다 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.²⁴⁰⁾

²⁴⁰⁾ 학습지교사들이 근로기준법상 근로자에 해당하지는 않으나 노동조합법상 근로

장기요양요원의 노동조합법상 근로자성 인정 여부가 다투어진 판결은 아직 존재하지 않는 것으로 보이지만, 장기요양요원은 소득을 장기요양기관에게 주로 의존하고 있고, 장기요양기관이 장기요양요원의 보수를 비롯하여 장기요양요원과의 근로계약 내용을 일방적으로 결정하며, 장기요양요원이 장기요양기관의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 시장에 접근하고 있고, 장기요양기관과의 법률관계가 상당한 정도로 지속적이고, 장기요양기관과 장기요양요원 사이에 지휘·감독관계가 존재하므로, 장기요양요원은 노동조합법상 근로자에 해당한다고 본다.

2. 노동3권의 보장

장기요양요원의 노동조합법상 근로자성이 인정되면 장기요양요원은 노동조합을 결성하여(단결권), 사용자나 사용자단체와 근로조건 등에 대해 교섭을 할 수 있고(단체교섭권), 교섭이 교착된 경우 노동조합법이 정한 조합원투표 등의 절차를 거쳐 파업 등 쟁의행위를 할 수 있다(단체행동권).

가. 단결권 관련

임금과 근로조건을 정함에 있어 장기요양기관에 비해 약자의 위치에 있는 개별 장기요양요원들은 노동조합을 조직함으로써 교섭에 있어 보다 유리한 위치에 설 수 있게 되고, 다른 한편으로 노동조합은 고충처리 등을 통해 장기요양요원들의 귀속감과 성취동기를 북돋아 생산성을 향상시키고 개별 장기요양요원이 해결하기 어려운 안전문제 등을 해결하는 데 도움이 될 수 있다.²⁴¹⁾ 민주

자에는 해당한다고 판단한 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 2014두12604 판결 참조.

241) 권현정·홍경준, “요양보호사의 근로조건과 장기요양서비스 질에 관한 연구”, 『한국사회보장학회 정기학술발표논문집』 2016 권2호, 한국사회보장학회, 2016, 595면.

노총 산하 전국공공운수사회서비스노동조합, 한국노총 산하 전국사회서비스노동조합이 요양보호사들을 비롯한 장기요양요원을 조직대상으로 하는데, 한 연구에 의하면 248개 조사 대상 장기요양기관 중 노동조합이 조직화 되어 있는 시설은 17개(6.88%)이고 노동조합이 조직화되어 있지 않은 시설은 230개(93.12%)로 노동조합 조직률이 낮은 것으로 나타났다.²⁴²⁾

나. 단체교섭권 관련

장기요양요원은 노동조합을 결성한 후 사용자인 장기요양기관과 단체교섭을 통해 근로조건의 개선을 이룰 수 있는데, 급여기준 고시 개정으로 실질적으로 폐지된 처우개선비 상당액을 개별 장기요양기관과의 단체교섭을 통해 다시 확보한 사례가 존재한다.²⁴³⁾

단체교섭의 상대방인 사용자 또는 사용자단체(노동조합법 제29조 제1항) 중 ‘사용자’는 ‘사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’를 의미하고(동법 제2조 제2호), ‘사용자단체’는 ‘근로관계에 관하여 그 구성원인 사용자에 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체’를 말한다(동법 제2조 제3호). 장기요양요원의 근로계약 상대방은 장기요양기관이지만 국가가 급여비용, 인건비 지출비용, 급여제공시간, 인력배치기준 등을 통해 장기요양요원의 근로조건에 실질적인 영향력을 행사하기 때문에 국가가 장기요양요원의 사용자 또는 사용자단체에 해당하지 않는지 의문이 생길 수 있다. 장기요양기관은 장기요양요원과 근로계약을 체결하고, 장기요양요원의 근무장소와 시기를 지정하고, 장기요양요원에게 급여를 지급하고 장기요양요원의 사회보험료 중 사용자 부담분을 지급하는 등 장기요양요원과의 근로관계와 관련된 권리·의무의 주체가 되므로 장기

242) 권현정·홍경준, 앞의 논문, 605면.

243) 매일노동뉴스, “사라진 요양보호사 처우개선비, 단협으로 원상회복”, 2018. 2. 22. <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=149889> (최종방문일: 2019. 7. 29.)

요양기관이 사용자로서 단체교섭의 상대방이 된다는 것은 부인할 수 없다. 그리고 국가가 장기요양요원의 사용자에 대해 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가졌다고 볼 여지도 있지만 국가를 ‘사용자의 단체’ 즉 장기요양기관들로 구성된 상위조직이라고 볼 수는 없으므로 국가는 장기요양요원으로 구성된 노동조합의 단체교섭 상대방에 해당하지 않는 것으로 생각된다. 장기요양기관에 관한 것은 아니지만 고용노동부도 보건사회부가 법률이 정하는 바에 따른 감독권의 일환으로 임직원에 대한 보수를 정하고 있다는 사유만으로는 노동조합법상 사용자단체라고 볼 수 없다는 행정해석을 내린 바 있다(노조 01254-1020, 1993. 8. 25.).

다. 단체행동권 관련

쟁의행위 대상업무에는 일정한 제한이 존재하는데, 병원사업 중 응급의료에 관한 법률 제2조 제2호에 다른 응급의료 업무, 중환자 치료·분만·수술·투석 업무, 위의 업무수행을 지원하기 위한 마취, 진단검사, 응급약제, 치료식 환자급식, 산소공급, 비상발전 및 냉난방 업무는 필수유지업무로서 이의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없지만(노동조합 및 노동관계조정법 제42조의2, 동법 시행령 제22조의2 [별표1]), 장기요양급여 제공 업무에 대해서는 이러한 제한이 존재하지 않는다. 즉 장기요양요원은 적법한 절차를 거쳐 쟁의행위에 나아갈 수 있는 것으로 판단된다.

실제로도 요양원이 기본급 인상분만큼 요양보호사의 야간근로시간 중 휴게시간을 추가하는 방식으로 수당을 줄이자 이에 대해 요양보호사들이 요양원을 상대로 파업을 한 사례가 발견된다.²⁴⁴⁾

사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당

²⁴⁴⁾ 연합뉴스, “최저임금 올라도 열악한 임금 그대로 ... 요양보호사 파업”, 2018. 11. 28. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20181128086100051?input=1179m>(최종방문일: 2019. 6. 3.)

해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없고, 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없으므로(노동조합법 제43조), 장기요양요원이 파업권을 행사한다면 사용자는 파업 기간 중 장기요양요원을 신규로 채용하거나 해당 업무를 하도급 할 수 없다.

제4절 사회보험 관계에서의 장기요양요원의 지위

사회보장법 중 장기요양요원에 대한 적용이 문제되는 것은 국민연금, 건강보험, 산재보험, 고용보험 등의 사회보험법이다. 공적부조의 경우 소득 및 재산 기준에 따라 수급자격이 결정되는 구조이어서 장기요양요원의 근로제공 양태에 따라 별다른 영향을 받지 않기 때문이다. 이하에서는 재가 요양보호사 중 초단시간 근로자에 해당하는 사람에 대한 사회보험 적용 제외, 65세 이후 고용된 장기요양요원에 대한 실업급여 적용, 요양보호사들에게 많이 발생하는 업무상 재해에 대한 산업재해보상보험법을 통한 보호 문제에 대해서 검토한다.

1. 산재보험 관계

가. 초단시간근로자에 대한 적용

산업재해보상보험법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되고(제6조), 초단시간 근로자에 대해 적용을 제한하고 있지 않다. 장기요양기관은 산재보험의 적용제외 사업에 해당하지 않으므로(산업재해보상보험법 시행령 제2조 제1항), 장기요양기관에 소속된 장기요양요원에 대해 소정근로시간의 장단에 관계없이 산업재해보상보험법이 적용된다.

나. 업무상 재해로부터의 보호

장기요양요원에게 있어 산업재해로부터의 보호는 중요한 의미를 가진다. 엄기욱·박인아의 연구에 의하면, 재가 요양보호사의 경우 17.7%가 업무상 사고나 부상이 일어날 뻔한 경험이 있거나 실제 경험한 적이 있다고 응답한 반면, 시설 요양보호사의 경우 32.6%가 부상경험이 있다고 응답하여 시설에서 근무하는 요양보호사들이 업무상 부상을 입을 가능성이 높은 것으로 조사되었다.²⁴⁵⁾ 그리고 위 연구에 의하면, 부상경험은 요양보호사의 이직의도에 영향을 미치는 요인들 중 영향이 두 번째로 큰 요인으로 조사되었다.²⁴⁶⁾

한국산업안전보건공단은 2011년 근골격계질환 예방을 위하여 무리한 힘의 사용, 반복적인 동작, 부적절한 자세 등으로 근골격계질환이 발생하기 쉬운 6개 직종을 선정하고 예방매뉴얼을 보급하였는데, 유통·물류 종사원, 환경미화원, 조리종사원, 건물청소원, 차량정비원과 함께 요양보호사도 근골격계질환이 발생하기 쉬운 대표적인 직종으로 선정되었다. 이와 같이 요양보호사가 근골격계질환에 취약한 업종임을 고려하여, 한국산업안전보건공단과 한국요양보호사협회, 전국요양보호사협회 등 2개 직능단체는 2013. 3. 20. ‘요양보호사 산업재해예방을 위한 업무협약’을 맺고, 요양보호시설 위험성 평가 및 기술지원, 요양보호사 재해예방을 위한 시설개선 재정지원, 안전보건 포켓형 수첩 제작·보급, 안전보건교육지원, 근골격계질환 예방활동 지원 등의 사업을 진행하기도 하였다.²⁴⁷⁾

급여기준 고시는 시설급여기관에 대해 수급자의 낙상 및 욕창 등을 예방하고 시설 내 안전사고를 방지할 수 있도록 노력하며, 화재발생 등 응급상황에 신속히 대처하기 위한 매뉴얼을 구비하고 정기적인 직원교육을 실시하고, 수급자의 감염병 예방 및 확산을 막기 위하여 식품 등에 대한 위생관리 및 소독관리를 적극적으로 수행하고 그 내용을 기재·관리하도록 정하고 있다(제43조 제7, 8항). 그런데 시설급여기관은 수급자뿐만 아니라 해당 기관에서 근무하는 장기요양요원에 대해서도 시설 내 안전사고를 방지하기 위한 노력을 하여야 하

245) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 159면.

246) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 162면.

247) 안전보건공단 보도자료, “50만여 요양보호사 재해예방 맞손”, 2013. 3. 20.

고, 장기요양요원이 수급자로부터 감염병이 이환되지 않도록 조치를 취하여야 한다. 위 급여기준 고시는 시설급여기관이 해야 하는 정기적인 직원교육의 내용에 대해서는 정하고 있지 않은데, 업무상 재해의 예방을 위해서는 근골격계 질환, 사고성 재해 예방교육, 안전과 건강을 위한 예방교육의 실시를 의무화하여야 하고, 시설급여기관뿐만 아니라 재가 장기요양기관에 대해서도 장기요양요원에 대한 산업안전보건 교육 의무를 부여하여야 할 것이다.²⁴⁸⁾ 그리고 서울시 실태조사에서 재가 요양보호사가 수급자가 결핵, 간염, 음 등 감염성 질환을 가지고 있는 경우 이에 대해 사전에 장기요양기관 등으로부터 정보를 제공 받았는지에 대해 해당 사항이 없는 경우를 제외하면 세 명 중 두 명은 사전 정보를 제공 받았지만 한 명은 아무런 정보를 듣지 못했다고 답했다.²⁴⁹⁾ 재가 장기요양요원들이 업무 수행 중 감염병에 이환되지 않도록 수급자의 감염성 질환에 대한 정보가 장기요양요원에게 제공되게 하는 시스템을 구축하고, 재가 장기요양요원들에게 이에 대한 대처방법을 교육하고 필요한 장비 등을 제공할 필요가 있다. 그리고 수급자가 감염성이 높은 질환을 가지고 있음을 인지한 경우에는 장기요양요원을 통해 장기요양급여를 제공 받는 것이 아니라 병원으로 이송하여 치료를 받도록 하여야 할 것이다.

그리고 산업안전보건법 중에서 사업주 등의 의무(제5조), 안전보건관리체계, 안전보건관리책임자, 관리감독자, 안전관리자, 보건관리자, 안전보건관리담당자, 산업보건의, 산업안전보건위원회의 설치 의무(제13 내지 19조), 안전보건교육(제31조), 특수건강진단(시행규칙 제98조), 야간작업 특수건강진단(산업안전보건법 별표 12의2), 안전보건관리규정(제3장), 유해·위험 예방조치(제4장) 등이 장

²⁴⁸⁾ 일본에서는 장기요양요원에게 노인요양시설 고용 입력 시 안전보건교육을 실시하고 있는데, 안전보건교육의 내용은 주로 부자연스러운 작업 자세와 작업형태를 개선하는 방법을 제시하고, 요통의 발생 원인에 대해서 구체적으로 예방대책을 세우는 것이며(<http://www.jisha.or.jp/research/report/index.html>), 후생노동성에서도 방문개호원과 개호복지사에게 직장에서의 요통예방지침을 배포하면서 교육을 하고 있다(손미아 외, 앞의 책, 27면).

²⁴⁹⁾ (사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 79면.

기요양요원을 고용한 장기요양기관에게 적용되어야 한다.

또한 요양보호사의 대부분이 50대 여성이라는 점을 감안할 때 과체중의 거동이 불편한 수급자를 돌봄으로 인해 발생하는 각종 안전사고를 예방하기 위해 케어 보조기구를 개발하고 보급할 필요가 있다.²⁵⁰⁾ 구체적으로 시설의 경우 높이가 조절되는 전동목욕침대, 허리보호구, 수급자를 침대에서 휠체어로 이동시킬 때 쓰는 보조도구, 미끄럼방지 기능이 있는 안전화, 자동으로 높이가 조절되는 전동침대 등이 필요하고, 재가 장기요양기관의 경우 허리보호구, 무릎보호구, 높이가 조절되는 전동목욕침대, 휠체어, 수급자를 휠체어로 이동할 때 쓰는 보조도구, 수급자를 복도에서 이동시킬 때 쓰는 보조도구 등이 필요하다.²⁵¹⁾

한편, 방문목욕급여에는 목욕준비, 입욕 시 이동보조, 몸 씻기, 머리 감기기, 옷 갈아입히기, 목욕 후 주변정리까지가 포함되며 수급자의 안전을 위하여 입욕시 이동보조와 몸 씻기의 과정은 반드시 2인 이상의 요양보호사에 의해 제공되어야 한다(급여기준 고시 제24조 제2항).²⁵²⁾ 2인 이상의 요양보호사에 의

250) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 167면.

251) 손미아 외, 앞의 책, 16면.

252) 서울고등법원은 위 급여기준 고시 조항에 관하여, 이 사건 심판대상고시는 수급자의 안전을 위하여 2인의 요양보호사로 하여금 ‘몸 씻기’과정을 제공하도록 하고 있는바 그 목적은 정당하다고 보았다. 그러나 2인의 요양보호사가 수급자에게 방문목욕급여를 제공함에 있어, ‘수급자의 가족인 요양보호사’ 또는 ‘수급자와 동성(同性)인 요양보호사’가 있고 수급자가 ‘가족이 아닌 요양보호사’나 ‘이성(異性)인 요양보호사’의 방문목욕 서비스 제공에 수치심을 느끼는 경우까지 ‘반드시’ 2인 이상의 요양보호사가 ‘몸 씻기’과정을 제공하도록 강제하는 것은 위와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라 할 수 없다고 하면서, ① 욕실로 이동하여 수급자가 ‘안전한 목욕의자’에 앉은 이후에는 안전사고 우려가 줄어들는데, 이 사건 심판대상고시는 그 후 이루어지는 ‘몸 씻기’ 과정에 ‘가족이 아닌 요양보호사’나 ‘이성(異性)인 요양보호사’가 참여하도록 강제함으로써 수급자에게 수치심을 안겨줄 수 있는 점, ② 장기요양기관 운영자로서는 방문목욕 서비스를 제공함에 있어 수급자의 안전을 위하여 ‘이성(異性)인 요양보호사’투입이 불가피할 수도 있는데(가령 여성인 수급자의 체중이 무거운 경우에는 입욕 시 이동보조에 힘이 센 남성 요양보호사 투입이 필요할 것이다),

해 방문목욕급여를 제공하도록 한 것은 수급자의 안전을 보호하기 위한 것이라고 규정되어 있지만, 수급자의 안전을 보호하기 위해서 1인이 아닌 2인의 요양보호사가 필요한 업무라면 요양보호사의 업무상 부상을 방지하기 위해서도 2인의 요양보호사가 필요한 것이므로 동 규정은 요양보호사의 안전을 보호하는 의미도 있다. 방문요양급여 제공 중인 요양보호사 또는 사회복지사가 거동이 불편한 수급자의 목욕을 홀로 시켜줄 경우 업무상 부상을 입을 염려가 있다고 생각되고, 방문목욕의 급여비용은 원칙적으로 주 1회까지만 산정 가능하도록 정해져 있으므로(급여기준 고시 제26조 제3항)²⁵³⁾, 방문요양 중 목욕과 관련하여 요양보호사의 안전을 보호하기 위한 조치나 지침이 필요하다.

독일의 경우 철저하게 중량물 드는 작업을 안전규정 매뉴얼에 따라 지키고 있고, 한 사람이 한 사람의 노인을 드는 것은 법으로 금지하고 있어 최소한 2명이 1명의 노인을 들도록 하고 있으며, 노인을 침대에서 휠체어나 의자로 이동시켜야 할 때에는 이동장비를 이용해서 두 명이 철저하게 교육 받은 대로 실시하고 있고,²⁵⁴⁾ 영국의 경우에도 요양보호사 1명이 이용자 노인을 직접 들지 못하도록 법적으로 금지하고 있다.²⁵⁵⁾ 우리나라도 요양보호사의 안전을 보호하기 위해 위와 같이 노인을 드는 행위를 2인 1조로 하게 하는 등의 법적

이러한 경우까지 ‘몸 씻기’ 과정에 ‘이성(異性)인 요양보호사’가 참여하도록 강제함으로써, 결국 수급자가 수치심 때문에 방문목욕 서비스를 받는 것을 포기하도록 하거나, 아니면 장기요양기관 운영자가 수급자의 안전을 위하여 ‘이성(異性)인 요양보호사’투입이 불가피한 경우에도 ‘동성(同性)인 요양보호사’만을 투입할 수밖에 없도록 하는 것은 결국 수급자의 안전과 복지에 역행하는 점을 근거로 들었다. 그리고 이러한 점들에 비추어 보면 이 사건 심판대상고시는 과잉금지원칙에 위반하여 수급자의 ‘사생활의 비밀과 자유를 침해받지 않을 권리’와 ‘일반적인 인격권’을 침해하는 것이므로 위헌·무효라고 판시하였다(서울고등법원 2016. 1. 15 선고 2015누37756 판결). 이 판결은 2018. 10. 4. 상고가 기각되어 확정되었다(대법원 2018. 10. 4. 선고 2016두33841 판결).

253) 다만, 변실금 및 요실금 등으로 인하여 피부의 건강유지·관리가 불가피한 경우에는 초과 산정할 수 있으며, 이 경우 그 불가피한 사유를 급여제공기록지에 기재하여야 한다(급여기준 고시 제26조 제3항 단서).

254) 손미아 외, 앞의 책, 23면.

255) 손미아 외, 앞의 책, 24면.

규제를 도입하는 것을 검토할 필요가 있다.

이와 같은 예방적 조치뿐만 아니라 여러 질환과 사고에 대한 대응, 구제절차 마련이 필요하다. 산업재해보상보험법은 2016. 3. 22. 시행령 별표 개정을 통해 업무와 관련하여 고객 등에 의한 폭력 또는 폭언 등 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건 및 이와 직접 관련된 스트레스에 의해 발생한 적응장애, 우울증을 업무상 질병인정기준에 추가하였는데, 장기요양요원이 수급자 등에 의한 폭력 등으로 우울증이 발생한 경우에는 업무상 질병으로 인정받아 보호될 수 있다.²⁵⁶⁾ 한편, 장기요양기관에서 업무상 재해를 당한 장기요양요원에게 산업재해 인정신청을 하지 말고 치료를 받을 것을 요구하는 경우가 존재하는데,²⁵⁷⁾ 사업주는 산업재해가 발생하였을 때에는 그 발생 사실을 은폐하여서는 아니 되고, 산업재해 발생 사실을 은폐한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다(산업안전보건법 제10조 제1항, 제68조 제1호).

2. 고용보험 관계

가. 초단시간근로자의 보호

장기요양요원은 장기요양기관에 고용된 시점부터 고용보험의 피보험자격을 취득한다(고용보험법 제13조 제1항). 고용보험의 경우 초단시간 근로자는 고용보험의 적용대상이 아니었으나(고용보험법 제10조 제1항 제2호, 동법 시행령 제3조 제1항 본문), 초단시간 근로자라고 하더라도 생업 목적으로 3개월 이상 계속해서 근로를 제공하는 자에 대해서는 고용보험법의 적용대상에 포함되게

²⁵⁶⁾ 업무상 질병의 구체적인 인정기준에 ‘업무와 관련하여 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건에 의해 발생한 외상 후 스트레스 장애’, ‘업무와 관련하여 고객 등으로부터 폭력 또는 폭언 등 정신적 충격을 유발할 수 있는 사건 또는 이와 직접 관련된 스트레스로 인하여 발생한 적응장애 또는 우울병 에피소드’가 추가되었다(산업재해보상보험법 시행령 제34조 제3항, [별표 3] 4. 바. 사.).

²⁵⁷⁾ 손미아 외, 앞의 책, 328면; 권현정 외, 앞의 논문, 202면.

되어 있었다(고용보험법 시행령 제3조 제1항 단서). 그런데 고용보험법 시행령이 2018. 7. 3. 대통령령 제29026호로 일부 개정되면서 위 고용보험법 시행령 제3조 제1항 단서의 생업 목적 부분이 삭제되어 기존까지는 생업 목적으로 근무하지 않아서 실업급여를 받지 못했던 가족 요양보호사도 고용보험에 가입하고 급여제공 중지 시 실업급여를 받을 수 있게 되었다.

나. 65세 이후 고용된 장기요양요원에 대한 실업급여 적용

65세 이후에 고용된 자는 고용보험법상 실업급여의 적용 대상에서 제외되어 있었다. 65세 이후에 고용되는 근로관계에 대해서는 실업으로부터의 보호 필요성이 없다고 정책적으로 판단한 것이었다. 그런데 65세 이후에 고용된 자를 실업급여의 적용 대상에서 제외할 만한 합리적인 근거가 존재하지 않고 이는 연령으로 인한 차별로 해석될 소지가 있었다. 또한 노인 인구가 급격하게 증가하고 65세 이상임에도 계속 근로에 종사하는 사람의 수가 늘어나면서 위와 같은 규율은 더욱 정당성을 상실해 가고 있었다. 그런데 고용보험법이 2019. 1. 15. 법률 제16269호로 일부 개정되면서(2019. 1. 15. 시행), 65세 이후에 고용된 자에 대해서도 실업급여가 적용되게 되었다(고용보험법 제10조 제1항 제1호 삭제). 따라서 현재는 65세 이후에 장기요양요원으로 고용된 자도 고용보험법의 적용을 받고, 비자발적 실업 등 고용보험법에 따른 요건을 충족한 경우 실업급여를 수급할 수 있다.

3. 국민연금, 건강보험 관계

장기요양요원은 장기요양기관에 소속된 근로자로서 국민연금, 건강보험에 가입하여 국민연금, 건강보험상의 각종 급여를 수급할 권리를 가진다. 즉 사업의 종류, 근로자의 수 등을 고려하여 대통령령으로 정한 사업장의 18세 이상 60세 미만인 근로자는 당연히 국민연금의 사업장가입자가 되고(국민연금법 제8조 제

1항), 모든 사업장의 근로자는 건강보험의 직장가입자가 된다(국민건강보험법 제6조 제2항). 다만 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정 근로시간이 15시간 미만인 자를 포함. 이하 “초단시간 근로자”라고 한다)에 대해서는 국민연금과 건강보험의 적용이 제한된다.

초단시간근로자는 국민연금의 사업장가입자가 아니며(국민연금법 제3조 제1항 제1호 단서, 동법 시행령 제2조 제4호), 건강보험의 직장가입자에도 해당하지 않는다(국민건강보험법 제6조 제2항 제4호, 동법 시행령 제9조 제1호). 즉 장기요양요원 중 소정근로시간이 1개월간 60시간 미만인 경우에는 국민연금 또는 건강보험에 사업장(직장)가입자로 가입하는 것이 제한되는데 급여제공 시간이 짧은 재가 장기요양요원 중 이에 해당되는 사람이 있을 수 있다. 이러한 점을 악용하여 장기요양요원으로 하여금 매달 59.5시간만 일하도록 하여 사회보험 적용을 받지 못하게 하는 사례도 보고되고 있다.²⁵⁸⁾ 위 사례와 같이 의도적으로 사회보험 가입을 회피하기 위해 장기요양요원의 근로시간을 60시간 미만으로 제한하는 경우를 방지하기 위한 제도적 장치가 요구된다.

²⁵⁸⁾ 인천일보, “방문 요양보호사 언제 해고될지 몰라 ... 처우 개선을”, 2019. 4. 3.
<http://www.incheonilbo.com/news/articleView.html?idxno=938790> (최종방문일: 2019. 7. 1.)

제4장 돌봄 제공자로서의 장기요양요원

제4장에서는 장기요양요원이 단순히 근로자이기 때문이 아니라 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 돌봄 제공자이기 때문에 수급자와의 관계에서 발생하는 여러 문제들에 대해 다룬다.

우선 수급자와의 관계의 다중적 성격, 수급자와 장기요양요원의 상호관계에서 우위(優位)와 열위(劣位)가 교차하는 지점에 대해 서술하고, 급여 제공자로서의 장기요양요원의 기본적 지위와 급여 해석 기준으로서의 장기요양급여 제공 기본원칙에 대해 분석한 후, 수급자의 선택권과 업무외행위, 사적 계약을 통한 돌봄 제공 문제에 대해 검토한다(제1절). 이어서 수급자에 대한 보호의무와 수급자에 대한 인권 침해가 충돌하는 문제, 수급자 보호를 위해 장기요양요원에 대해 장기요양보험법, 노인복지법 등에서 정하고 있는 법정 의무의 내용, 장기요양요원의 업무수행 중 발생하는 민·형사상 책임, 급여의 질 향상 및 수급자 권익 보호를 위한 보수교육, 인권교육에 대해 서술한다(제2절). 다음으로 수급자 및 가족의 부당한 업무 요구, 성희롱, 폭력과 폭언, 감정노동으로부터 장기요양요원을 보호하는 방안에 대해 논의한다(제3절).

제1절 수급자와의 관계

1. 장기요양급여 제공관계의 다중적 성격

일반 근로계약 관계에서는 사용자(고용인)와 근로자(피고용인)라는 단일관계를 통해 약자인 근로자의 권리 보호를 우선적으로 고려할 수 있다면, 돌봄은 훨씬 다중적인 관계여서 누군가의 보살핌에 의존하지 않으면 안 되는 약자와 누군가를 돌볼 힘이 있는 강자라는 관계가 사용자와 근로자의 관계 위에 중첩

된다.²⁵⁹⁾ 장기요양기관과 장기요양요원 사이에서는 특별한 사정이 없는 한 사용자인 장기요양기관이 강자, 근로자인 장기요양요원이 약자라는 등식이 성립할 수 있겠지만, 수급자와 장기요양요원 사이의 관계에서는 그 역학관계가 일정하지 않다. 위에서 언급한 것과 같이 일상생활을 스스로 수행할 수 없는 의존도가 높은 수급자의 경우 장기요양요원에 비해 열위에 있다고 할 수 있겠지만, 수급자가 장기요양요원보다 우위에 서서 업무외행위의 강요, 폭언, 성희롱 등을 하는 사례도 분명히 존재하기 때문이다. 즉 수급자와 장기요양요원 사이의 관계는 이 같은 복잡성을 띠며 이 때문에 장기요양요원의 근로계약에 따른 노무의 제공이라고도 볼 수 있는 장기요양급여 제공을 별도로 포착하여 그와 관련된 법률관계를 살펴볼 필요가 있는 것이다. 우선 장기요양기관의 이행보조자로서의 장기요양요원의 지위와 급여 범위 결정의 기준이 되는 장기요양급여 제공의 기본원칙에 대해 살펴본 후, 장기요양요원이 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 관계에서 많이 문제되는 수급자의 선택권의 내용과 범위, 업무내행위와 업무외행위의 구별기준에 대해 검토하기로 한다.

2. 장기요양급여제공계약에 따른 급여 제공

가. 장기요양기관의 이행보조자

수급자와 장기요양기관 사이에 체결하는 장기요양급여제공계약에는 계약당사자, 계약기간, 장기요양급여의 종류, 내용 및 비용 등, 비급여대상 및 항목별 비용이 포함되어야 한다(노인장기요양보험법 시행규칙 제16조 제1항).²⁶⁰⁾

²⁵⁹⁾ 허라금(2008), 앞의 논문, 244면.

²⁶⁰⁾ 장기요양기관은 수급자로부터 장기요양급여신청을 받은 경우 장기요양급여의 제공을 거부하여서는 아니 된다고 하여(법 제35조 제1항 본문) 급여의 제공이 강제되고 있고, 위 제35조 제1항을 위반하여 장기요양급여를 거부한 경우 장기요양기관, 재가장기요양기관의 지정을 취소하거나 6개월의 범위에서 업무정지를 명할 수 있으며(법 제37조 제1항 제3호, 제3항 제3호), 정당한 사유 없이 장

장기요양요원과 수급자 사이에는 원칙적으로 계약관계가 성립하지 않고 수급자와 급여제공계약을 체결한 장기요양기관이 수급자에게 장기요양급여를 제공할 의무를 부담하지만, 장기요양요원은 장기요양기관에게 고용되어 장기요양기관의 이행보조자로서 수급자에게 장기요양급여를 직접적으로 제공한다. 장기요양요원은 수급자에 대해 채무자의 지위에 있지 않으므로 장기요양급여제공계약의 불이행 즉 채무불이행으로 인한 책임은 부담하지 않지만²⁶¹⁾, 법이 정한 의무 또는 업무상 주의의무를 위반한 경우 불법행위로 인한 손해배상책임 또는 형사책임을 부담하게 된다.

나. 제공하는 급여의 내용 - 이동보조의 포함 여부를 중심으로

장기요양요원이 수급자에게 제공하는 급여로는 재가급여로서 방문요양, 방문목욕, 방문간호, 주·야간보호, 단기보호, 그리고 시설급여가 있다. 방문요양은 신체활동 및 가사활동 등을 지원하는 것이고, 방문목욕은 목욕을 제공하는 것이며, 방문간호는 의사 등의 지시서에 따라 간호, 진료의 보조, 요양에 관한 상담 또는 구강위생 등을 제공하는 것이다. 주·야간보호, 단기보호, 시설급여는 시기, 기간상의 차이만 있을 뿐 신체활동 지원 및 심신기능의 유지·향상을 위한 교육·훈련 등의 제공을 내용으로 한다는 점에서는 동일하다(법 제23조 제1항).

급여기준 고시 제15조에서 정하고 있는 가정방문급여의 일반원칙은 다음과 같다. “가정방문급여는 수급자의 가정(가정집 등 수급자의 사적인 공간)에서 제공하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 수급자의 신체활동, 가사활동 또는 일상생활

기요양급여의 제공을 거부한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다(법 제67조 제2항 제1호). 다만 입소정원에 여유가 없는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우는 장기요양기관이 장기요양급여의 제공을 거부할 수 있도록 하고 있다(법 제35조 제1항 단서).

261) 채무불이행 책임에 있어서는 이행보조자인 장기요양요원의 고의, 과실은 채무자인 장기요양기관의 고의, 과실로 취급된다(민법 제392조).

지원과 직접적인 관련이 있는 병원동행, 식사준비를 위한 시장보기, 관공서 방문 등 특별한 사유가 있는 경우에는 가정이 아닌 곳에서도 급여를 제공할 수 있으나 수급자의 여행(수련회, 나들이 등) 또는 취미활동에 동행하는 것은 그러하지 아니하다.”(급여기준 고시 제15조 제1항). 여행 또는 취미활동에 동행하는 경우 수급자의 신체활동, 가사활동 또는 일상생활 지원과 직접적인 관련이 없으므로 가정 밖에서 위와 같은 활동을 명목으로 급여를 제공하는 것이 허용되지 않는다고 정한 것으로 추측되는데, 이는 아래에서 살펴보는 바와 같이 이동보조도 급여의 한 종류로 인정하고 있는 장애인활동지원제도와 비교할 때 형평성의 차원에서 문제가 있다고 생각된다. 그리고 교통약자의 이동편의 증진법은 ‘교통약자’란 “장애인, 고령자, 임산부, 영유아를 동반한 사람, 어린이 등 일상생활에서 이동에 불편을 느끼는 사람”이라고 정의하고 있고(제2조 제1호), 노인도 장애인과 마찬가지로 일상생활에서 이동에 불편을 느끼는 교통약자에 해당할 수 있으므로 노인장기요양보험법에서도 일상생활에서 이동에 불편을 느끼는 노인의 이동을 지원하는 것도 급여대상으로 포함하는 것을 검토해 볼 필요가 있다. 또한 ‘일상생활’이라는 용어 자체의 의미와 범위가 명확하지 않은 점도 문제인데 일상생활의 범위를 지나치게 좁게 해석할 경우 거동이 불편한 수급자의 활동 범위를 지나치게 제한하는 것이 될 수 있다. 이러한 점에서 수급자의 건강증진을 위한 산책, 산보에 동행하는 것은 방문급여의 내용으로 인정되어야 할 것이다.

노인장기요양보험법의 목적은 노후의 ‘건강증진’ 및 ‘생활안정’을 도모하는데 있지만(법 제1조), 장애인활동 지원에 관한 법률의 목적은 장애인의 ‘자립생활’을 지원하는 데 있다(장애인활동 지원에 관한 법률 제1조). 이러한 목적상의 차이에 따라 장애인활동 지원에 관한 법률상의 활동지원급여 중 활동보조에는 신체활동, 가사활동 뿐만 아니라 ‘이동보조’도 포함되어 있다(장애인활동 지원에 관한 법률 제16조 제1항 제1호).²⁶²⁾ 즉 장애인활동지원제도는 장애인의 사

262) 장애인활동지원급여에는 시설급여가 없는데 이는 장애인활동지원제도가 장애인의 자립생활 지원을 목적으로 하고 시설 생활은 집단생활이기 때문에 필연

회참여를 지원하고 있지만, 노인장기요양보험제도는 노인의 사회참여를 지원하기보다는 재가급여를 통해 노인이 집 안에서 생활을 유지할 수 있도록 돕는 데에 그치고 있다.

한편 노인장기요양보험법 제2조 제1호에 따른 노인등은 활동지원급여의 신청자격이 없다(장애인활동 지원에 관한 법률 제5조 제2호 본문). 이에 따라 장애인활동지원을 받던 장애인이 65세 이상이 되면 노인장기요양제도의 수급자로 전환되어 급여제공 시간이 줄어드는 문제²⁶³⁾에 대하여, 총 109명의 장애인들이 2018. 9. 21. 국가인권위원회에 65세 이상이 되더라도 장애인활동 지원에 관한 법률의 적용을 받게 해 달라고 집단 진정을 제기하기도 하였다.²⁶⁴⁾ 그리고 2018. 10. 29. 국회 보건복지위원회 국정감사에서 윤소하 의원이 보건복지부로부터 받은 ‘최근 3년간 만 65세 도래로 활동지원수급자에서 노인장기요양수급자로 전환된 802명의 자료’를 분석하여 발표한 내용에 의하면, 일상생활에서 타인의 도움이 필요한 활동지원 1등급 장애인은 노인장기요양급여로 전환하면 모두 급여 이용시간이 감소하는 결과를 보였는데 월 평균 77시간 감소되었으며, 이는 일 평균 2시간 이상 급여 이용시간이 감소한 것이다.²⁶⁵⁾ 이러한 차이는 장애인활동지원제도는 기본급여 외에 개인의 사회생활이나 주변 조력자

적으로 장애인의 자기결정권이나 사생활의 자유를 침해할 수 있기 때문이다(김재왕, “장애인 활동지원 제도와 노인 장기요양보험 제도 사이 사각지대”, 『사회복지법연구』, 경인문화사, 2019, 198면).

²⁶³⁾ 이에 대해서는 장애인에게 장애인활동지원제도와 노인장기요양보험제도 사이의 선택권을 부여하는 내용의 장애인활동 지원에 관한 법률 일부개정법률안들이 제출되어 있다(윤소하의원 대표발의, 의안번호 2004800; 정춘숙의원 대표발의, 의안번호 2007444; 김명연의원 대표발의, 의안번호 2018808; 김명연의원 대표발의, 의안번호 2019801).

²⁶⁴⁾ 에이블뉴스, “65세 장애인활동지원 선택권 복지부 압박”, 2018. 9. 21.

<http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0014&NewsCode=001420180921132540357567> (최종방문일: 2019. 5. 11.)

²⁶⁵⁾ 웰페어뉴스, “장애인활동지원서 노인장기요양 전환, 월 56시간 줄어”, 2018. 10. 29. <http://www.welfarenews.net/news/articleView.html?idxno=66625> (최종방문일: 2019. 5. 11.)

의 상태 등 생활환경을 고려하여 추가급여가 제공되지만 노인장기요양보험제도에는 추가급여가 없어서 최대 급여량이 장애인활동지원제도는 391시간이 되는데 반해, 노인장기요양보험은 108시간에 불과하기 때문이다.²⁶⁶⁾

이를 노인의 측면에서 반대로 해석하면, 노인장기요양보험이 노인의 사회참여를 위한 권리 보호를 소홀히 하고 있는 것이라고 할 수 있다. 노인장기요양보험은 노인이 가정 또는 시설에 정주하는 것을 전제로 장기요양급여를 제공하는 것에 대해서만 정하고 있을 뿐 노인이 집 밖, 시설 밖에서 사회에 참여하는 것을 지원하는 데에는 관심을 가지고 있지 않다. ‘사회서비스’는 ‘국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재할, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도’를 의미하고(사회보장기본법 제3조 제4호), 장기요양급여 역시 광의의 사회서비스라고 볼 수 있다. 국가와 지방자치단체는 모든 국민의 인간다운 생활과 자립, 사회참여, 자아실현 등을 지원하여 삶의 질이 향상될 수 있도록 사회서비스에 관한 정책을 마련하여야 할 의무를 부담하므로(사회보장기본법 제23조 제1항), 노인의 인간다운 생활을 보장하는 장기요양보험의 목적을 실현하기 위해서는 단순히 가정이나 시설 내의 신체활동 또는 가사활동을 지원하는 데에 그치지 않고 노인의 사회참여활동을 지원하는 데에도 나아가야 한다. 노인장기요양보험법의 해석을 통해 ‘이동보조’를 장기요양급여의 내용으로 포섭할 수 없다면, 노인장기요양보험법의 목적에 ‘자립생활 지원’을 추가하고, 방문급여의 내용으로 ‘이동보조’를 명시하는 입법적 해결방안을 검토해 볼 만하다. 또한 노인장기요양보험제도는 수급자의 상태에 따라 일률적으로 급여 제공시간을 정하고 주변 조력자의 상태 등 생활환경을 고려하지 않고 있는데, 수급자의 인간다운 생활을 보장하기 위해 장애인활동지원제도의 추가급여와 같이 수급자의 구체적 생활환경에 따라 추가적인 급여를 제공하는 방안을 검토할 만하다.

²⁶⁶⁾ 김재왕, 앞의 논문, 198-200면.

3. 급여 해석 기준으로서의 장기요양급여 제공 기본원칙

장기요양급여제공계약의 주된 급부의무로서의 급여의 내용은 사전에 명확하게 구체적으로 특정하기가 어렵다. 예를 들어 방문요양의 경우 법에서 ‘장기요양요원이 수급자의 가정 등을 방문하여 신체활동 및 가사활동 등을 지원하는 장기요양급여’라고 설명하고 있지만(법 제23조 제1항 제1호 가.), ‘신체활동’ 또는 ‘가사활동’을 구체적으로 무엇을 어떻게 지원하여야 하는지 그 내용을 확정하기가 어려운 것이다. 이와 관련하여 노인장기요양보험법령에서 정하고 있는 장기요양급여 제공의 기본원칙이 급여의 내용과 범위를 정하는 데에 일응의 기준이 될 수 있을 것이다.

노인장기요양보험법은 제3조에서 장기요양급여 제공의 기본원칙을 제시하고 있는데, 첫째 장기요양급여는 노인등이 자신의 의사와 능력에 따라 최대한 자립적으로 일상생활을 수행할 수 있도록 제공하여야 하고(제1항, ‘자립적 일상생활 수행의 원칙’)²⁶⁷⁾, 둘째 장기요양급여는 노인등의 심신상태·생활환경과 노인등 및 그 가족의 욕구·선택을 종합적으로 고려하여 필요한 범위 안에서 이를 적절하게 제공하여야 하며(제2항, ‘적정성 및 개별성의 원칙’), 셋째 장기요양급여는 노인등이 가족과 함께 생활하면서 가정에서 장기요양을 받는 재가급여를 우선적으로 제공하여야 하고(제3항, ‘재가급여 우선제공의 원칙’), 넷째 장기요양급여는 노인등의 심신상태나 건강 등이 악화되지 아니하도록 의료서비스와 연계하여 이를 제공하여야 한다(제4항, ‘의료서비스와의 연계 원칙’).

법 제28조의2에서 규정하고 있는 급여외행위 중 ‘수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위’는 위 ‘자립적 일상생활 수행의 원칙’과의 관계에서 노인등이 최대한 자립적으로 일상생활을 수행할 수 있게 하기 위해 노인등이 스스로 할 수 있는 일상생활에서의 행위는 급여로 제공하지 않겠다는 취지로 해석된다.

²⁶⁷⁾ 2018. 12. 11. 법률 제15881호로 법이 일부개정 되면서 신설된 원칙이다. 장기요양급여가 노인등의 자립생활 능력을 유지, 고양시키는 방식으로 제공되어야 하고, 노인등이 스스로 할 수 있는 일상생활에서의 행위는 장기요양요원의 도움 없이 스스로 하도록 하여야 한다는 것을 선언한 것이다.

이는 모든 국민은 자신의 능력을 최대한 발휘하여 자립·자활할 수 있도록 노력하여야 한다는 사회보장기본법상 ‘국민의 책임’ 조항과도 관련된다(사회보장기본법 제7조 제1항). 사회보험법 관계에서 가입자의 부수의무로 가입자 자신에게 닥치는 피해를 방지하거나 혹은 감소시키는 노력을 하여야 하고, 사회적 위험을 방지할 의무를 게을리 하여서는 아니 된다는 것이 논의되고 있는데²⁶⁸⁾, 수급자는 부수의무로 자립적 일상생활을 최대한 유지하기 위해 노력하여야 하는 것이다.

‘적정성 및 개별성의 원칙’은 급여를 제공함에 있어 노인등 및 그 가족의 욕구·선택을 고려함(주관적 요소)과 동시에 노인등의 심신상태·생활환경(객관적 요소)도 함께 고려하여야 한다는 점과 그러한 급여가 ‘필요한 범위 내에서’ 제공되어야 한다(평가적 요소)고 하여 수급자의 선택에 따라서만 급여의 내용이 결정되는 것이 아니고 수급자의 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하려는 노인장기요양보험법의 목적에 따라 필요하다고 판단되는 범위 내에서 급여가 제공되어야 한다는 점을 명시하고 있다. 여기에서 수급자는 어떤 급여가 본인의 건강증진 및 생활안정을 위해 필요한지 여부를 판단할 전문적인 지식이 충분하다고 보기 어려우므로, ‘필요한 범위 내’인지 여부의 판단은 수급자에게 맡겨 두기보다는 광의의 제공자(국가, 공단, 장기요양기관, 장기요양요원) 중 전문성을 가진 자에 의하여 행해져야 한다.

‘재가급여 우선제공의 원칙’은 재가급여를 제공 받아 가정에서 일상생활을 할 수 있는 수급자를 시설에 입소시켜 시설급여를 받게 하여서는 아니 된다는 것뿐만 아니라 재가급여를 제공할 때 수급자가 시설급여를 요하는 상태가 되지 않게 신체활동 능력을 유지 및 향상시킬 수 있는 급여가 제공되어야 함을 시사한다. 또한 ‘탈시설화’와 ‘지역사회돌봄’을 강화하는 근거가 된다.

‘의료서비스 연계의 원칙’은 방문간호를 제외한 다른 장기요양급여의 내용 중에 의료서비스가 포함되지는 않지만 수급자의 건강이 악화되거나 의료적 처치를 요하는 경우 의료서비스와 연계하여야 한다는 것을 의미한다. 이러한 의

²⁶⁸⁾ 전광석·박지순·김복기, 『사회보장법』, 신조사, 2018, 25면.

료서비스 연계의 원칙은 장기요양기관과 장기요양요원의 형사책임의 판단 기준인 업무상 주의의무와도 관련된다.²⁶⁹⁾

그리고 노인장기요양보험법 시행규칙 제12조 제1항은 장기요양기관이 장기요양급여를 제공함에 있어 준수해야 할 일반원칙에 대해 규정하고 있는데, 장기요양기관은 수급자 개인의 장기요양급여의 종류 및 내용에 대한 선택권을 존중하여야 하고(‘선택권 존중의 원칙’), 수급자가 자립생활을 할 수 있도록 지원하여야 하며(‘자립생활 지원의 원칙’), 장기요양기관은 수급자의 심신상태에 따라 적절한 급여를 제공하여야 한다(‘적정급여 제공의 원칙’). ‘자립생활 지원의 원칙’은 위에서 본 ‘자립적 일상생활 수행의 원칙’과 동일한 취지이며, ‘적정급여 제공의 원칙’은 위의 ‘적정성 및 개별성의 원칙’을 재확인한 것이다. 즉

269) 서울중앙지방법원은 약간의 치매증상이 있던 노인이 노인주거복지시설인 요양원에서 침대에서 떨어지는 사고로 경막하출혈 등의 상해를 입고 치료를 받던 중 사망한 사안에서, 요양보호사가 낙상사고를 인지하였고 망인이 목 부위에 통증을 호소하였다면 즉시 의료진이나 관리자에게 보고하고 병원으로 이송하거나 보호자에게 연락하는 등의 조치를 취하여야 함에도 출혈 등의 외상이 없다는 이유로 냉점질만 하고 별다른 조치를 취하지 아니하였던 점, 다음날 오전 망인은 자리에서 일어나지 않았고 식사를 하지 않았음에도 망인의 의식 등 그 상태를 전혀 살피지 아니한 채 다른 입소자의 식사를 돕는 등의 일을 한 뒤 퇴근한 점 등의 사정에 비추어 요양보호사가 ‘사고를 인지한 이후 망인의 상태를 세심하게 관찰하여 낙상사고 발생 시 있을지도 모르는 부상에 대비하여 망인이 적절한 진료를 받을 수 있도록 하며, 이 사건 요양원에서 치료하기 곤란하다고 보이는 경우 즉시 병원으로 신속히 전원하여 치료를 받을 수 있게 하여야 함에도 통증을 호소하는 망인에 대하여 위와 같은 조치를 취하지 않은 과실’이 인정된다고 판단한 후, 요양원의 운영자는 이 사건 요양원에 소속된 요양보호사의 사용자 또는 입소계약의 당사자로서 보험회사와 연대하여 망인과 그 자녀들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 인정하였다(서울중앙지방법원 2015. 8. 11. 선고 2014가합29822 판결). 이처럼 장기요양요원은 수급자에게 사고가 발생하지 않도록 사전에 안전하게 장기요양급여를 제공할 의무를 부담할 뿐만 아니라 의료서비스 연계의 원칙상 ‘안전사고가 발생한 경우 수급자의 상태를 세심하게 관찰하여 수급자가 적절한 진료를 받을 수 있게 하고, 장기요양기관에서 치료하기 곤란하다고 판단되는 경우 즉시 병원으로 후송하여 치료를 받게 할 주의의무’를 부담한다.

법 제3조 장기요양급여 제공의 기본원칙과의 관계에서의 법 시행규칙 제12조 제1항의 독자적 의의는 ‘선택권 존중의 원칙’을 제시한 데에 있다고 할 수 있다.

또한 위 시행규칙 제12조 제1항에 따른 적절한 급여제공을 위한 세부기준은 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 하고 있는데(법 시행규칙 제12조 제2항), 이에 따라 급여기준 고시는 “장기요양기관 및 종사자는 노인장기요양보험법 제3조 제1항에 따라 수급자의 심신상태·생활환경과 수급자 및 그 가족의 욕구·선택을 종합적으로 고려하여 필요한 범위 안에서 이를 적절하게 제공하고 같은 조 제3항에 따라 수급자의 심신 상태나 건강 등이 악화되지 않도록 의료서비스와 연계하여 제공하여야 한다.”라고 하여(제6조 제1항), 장기요양기관뿐만 아니라 그 종사자(장기요양요원)에게도 수급자에 대해 적절한 급여를 제공하고 의료서비스와 연계할 의무를 부담시키고 있다.

앞에서 살펴 본 장기요양급여 제공의 기본원칙 중 ‘자립적 일상생활 수행의 원칙’과 ‘적정성 및 개별성의 원칙’은 장기요양급여의 내용과 범위를 정하는 기준이 되고, ‘재가급여 우선 제공의 원칙’은 지역사회돌봄과 관계되며, ‘의료서비스 연계의 원칙’은 장기요양요원의 법정업무인 보호의무 및 의료서비스 연계 의무로 이어짐과 동시에 장기요양기관 운영자와 장기요양요원의 업무상 주의의무의 내용을 구성한다.

4. 수급자의 선택권과 업무외 행위

가. 수급자의 선택권

(1) 선택권의 의의

수급자는 일반적으로 선택권을 가지고 있는 것으로 여겨지고 있다. 위에서 본 장기요양급여 제공의 기본원칙 중에도 “장기요양급여는 노인등의 심신상태·

생활환경과 노인등 및 그 가족의 욕구·선택을 종합적으로 고려하여 필요한 범위 안에서 이를 적절하게 제공하여야 한다.”라고 하여 수급자의 욕구와 선택을 언급하고 있고(법 제3조 제2항), 노인장기요양보험법 시행규칙 제12조 제1항은 “장기요양기관은 수급자 개인의 장기요양급여의 종류 및 내용에 대한 선택권을 존중하여야 한다.”라고 규정하여 수급자의 선택권이라는 표현을 명시적으로 사용하고 있다. 이상의 규정에 의하면 노인장기요양보험법은 수급자의 선택권을 인정하는 전제에 서 있는 것으로 보인다.

다만 이러한 규율방식은 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 “장애인차별금지법”이라고 한다)이 “장애인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리를 가진다.”라고 하여(제7조 제1항) 선택권 및 자기결정권을 장애인의 권리로서 명시적으로 언급하는 것²⁷⁰⁾과는 상당한 차이가 있다. 청소년의 경우에도 “청소년은 외부적 영향에 구애받지 아니하면서 자기 의사를 자유롭게 밝히고 스스로 결정할 권리를 가진다.”라고 규정하여 청소년의 자기결정권을 명시하고 있고(청소년 기본법 제5조 제3항), 아동의 경우에도 선택권에 관한 것은 아니지만 “아동은 아동의 권리보장과 복지증진을 위하여 이 법에 따른 보호와 지원을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 아동의 권리에 대해 명시적으로 규정하고 있는 것(아동복지법 제2조 제4항)과 비교해 볼 때, 노인의 사회보장에 관한 법률들은 노인의 권리에 대한 인식 수준이 낮다는 사실을 발견할 수 있다. 예를 들어 노인장기요양보험법은 수급자인 노인의 선택권을 비롯한 권리에 대해 따로 권리로서 명시적으로 언급하고

270) 교통약자의 이동편의 증진법에서도 교통약자의 ‘이동권’에 대해 명시하고 있고(제3조), 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률에서도 장애인 등의 ‘접근권’에 대해 명시하고 있다(제4조). 위 두 법의 권리 주체인 교통약자, 장애인등에는 노인도 포함되지만 위 두 법은 주로 장애인의 이동권, 접근권을 보장하기 위해, 장애인의 당사자운동으로 촉발되어 입법된 법률이라는 점에서 노인만 또는 주로 노인을 대상으로 한 노인복지법, 노인장기요양보험법과는 법의 주된 대상과 입법 상황이 다르다. 장애인의 접근권 관련 법률들의 입법 과정에 관해서는 오대영, “장애인의 접근권 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2009. 참조.

있지 않으며, 노인복지에 대한 일반법인 노인복지법에서도 제2조 기본이념에서 “노인은 후손의 양육과 국가 및 사회의 발전에 기여하여 온 자로서 존경받으며 건전하고 안정된 생활을 보장받는다.”(제1항), “노인은 그 능력에 따라 적당한 일에 종사하고 사회적 활동에 참여할 기회를 보장 받는다.”라고만 규정하고 있어, 노인은 ‘이러한 권리를 가진다’는 형식으로 규율하고 있지 않을 뿐더러 그 내용도 추상적이어서 노인복지법의 이념을 명시한 것에 불과하고 이를 통해 구체적인 노인의 권리를 발생시킨다고 보기에는 부족하다. 이러한 권리의 명시적 기술 여부 및 규율방식의 차이는 노인에 대한 사회보장을 노인의 ‘권리’로 접근하기보다는 노인에 대한 ‘시혜’로 접근하였던 의식의 연장선상에 있는 것이라고 생각된다. 이러한 규율방식의 차이는 과연 장기요양보험법의 입법자가 수급자인 노인에게 제대로 된 선택권을 보장하려는 의지를 갖고 있는지에 대한 의문으로 이어진다.

우리 장기요양보험법은 개인이 일정한 인적·물적 요건을 갖추기만 하면 별다른 제한 없이 장기요양기관을 설립할 수 있도록 하여 급여의 제공을 시장에 맡기고, 수급자의 선택을 받기 위한 장기요양기관 간의 경쟁을 촉발시키는 방식으로 운영되어 왔다.

이러한 상황에서 선택권은 취약성과 의존성을 가진 수급자가 (장기요양기관, 장기요양요원, 급여 내용에 대한) 선택을 통해 급여 제공자와 대등한 지위를 확보하고 이를 통해 자신의 필요를 보다 잘 충족시킬 수 있도록 기여한 순기능적 측면을 가지고 있다. 사회서비스의 영역에서 이용자들이 상대적으로 사회적 약자인 경우가 많아 자기 권리 주장에 약하고 제공자와 불평등한 권력관계를 형성하기 쉽기 때문에, 이용자와 제공자 간의 평등한 역관계를 만드는 것이 핵심이며 따라서 이용자의 참여와 선택권의 행사가 중요하다는 점이 논의되고 있는데²⁷¹⁾, 장기요양급여에 있어서도 수급자의 선택권 행사를 통해 장기요양기관, 장기요양요원과의 관계에서 수급자의 권익 보호에 기여하고 있다는 사실을 부정할 수 없다. 하지만 동시에 아래에서 살펴보는 것과 같이 수급자가 선택권

271) 조남경, 앞의 논문, 50면.

을 제대로 행사할 수 있도록 충분한 정보의 제공, 선택할 만한 선택지(장기요양기관)의 공급이라는 전제조건이 충족되었는지에 대해서는 의문이 남는다.

(2) 수급자의 선택권이 작용하는 영역과 그 내용

수급자의 선택권 행사 영역으로는 크게 장기요양기관의 선택(어느 장기요양기관과 장기요양급여제공계약을 체결할 것인가), 급여 제공자인 장기요양요원의 선택(장기요양요원의 급여제공이 수급자의 마음에 들지 않는 경우 장기요양요원의 교체를 요구할 수 있을 것인가), 급여 내용의 선택(장기요양요원에게 어떤 업무까지 요구할 수 있을 것인가)을 상정할 수 있다. 물론 수급자는 장기요양기관과 장기요양급여제공계약을 체결할지 여부에 대해서도 결정할 권리를 가지고 있지만(등급인정을 받은 후에도 원하지 않을 경우 장기요양급여를 제공받지 않을 수 있다) 장기요양인정을 신청하여 장기요양등급을 인정받아 장기요양급여제공계약을 체결할 자격을 보유하게 된 수급자가 계약을 체결하지 않는 예외적인 경우는 여기에서 다루지 않기로 한다.

(가) 장기요양기관을 선택할 권리

수급자는 어느 장기요양기관과 장기요양급여제공계약을 체결할지를 선택할 자유를 가지고 있다. 장기요양기관은 수급자가 장기요양급여를 쉽게 선택하도록 하고 장기요양기관이 제공하는 급여의 질을 보장하기 위하여 장기요양기관별 급여의 내용, 시설·인력 등 현황자료 등을 공단이 운영하는 인터넷 홈페이지에 게시하도록 하고 있으므로(법 제34조 제1항)²⁷²⁾, 수급자는 공단 인터넷

²⁷²⁾ 법 제34조에 따라 장기요양기관은 시설의 구조, 설비 상태 및 건물 전경 등의 사진, 장기요양기관의 주소, 약도, 전화번호 및 홈페이지 주소, 장기요양기관에 소속된 인력 종류별 종사자 수, 장기요양요원이 해당 기관에서 근무한 연수, 입소(이용)정원 및 현재 입소(이용)인원, 장기요양기관에서 제공하고 있는 급여 종류, 장기요양급여 이용계약에 관한 사항, 비급여대상 항목별 비용, 법 제35조의5 제1항에 따른 보험에 가입했는지 여부, 사회복지사업법 제34조의3 제1항에

홈페이지상의 정보를 참고하여 장기요양기관을 선택할 수도 있다. 장기요양기관은 입소정원에 여유가 없는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우 이외에는 수급자로부터 장기요양급여신청을 받으면 급여의 제공을 거부할 수 없고(법 제35조 제1항), 정당한 사유 없이 장기요양급여의 제공을 거부하면 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해지게 되므로(법 제67조 제2항 제1호), 수급자의 장기요양기관 선택권은 위와 같은 계약강제(締約強制)를 통해 강력하게 보장된다. 그리고 이러한 수급자의 장기요양기관 선택권은 재가 장기요양기관과 시설 장기요양기관 모두에 대해 인정된다.

일단 수급자가 장기요양기관을 선택하여 장기요양급여제공계약을 체결한 뒤 장기요양기관을 자유롭게 교체할 수 있는가. 이와 관련하여, 장기요양보험법은 수급자가 장기요양기관을 변경하는 것에 대한 제한을 두지 않고 있고, 공정거래위원회가 2014. 9. 19. 개정한 표준약관 제10068호 장기요양급여 이용 표준약관에 의하면 시설급여, 재가급여 모두 ‘수급자의 사정’에 따라 장기요양급여제공계약을 자유롭게 해지할 수 있도록 정하고 있으며, 실무상으로도 수급자의 장기요양기관 선택권에는 장기요양기관 교체권도 포함되어 운영되는 것으로 보인다. 그런데 수급자가 장기요양기관을 교체할 경우 수급자에게 급여를 제공하던 장기요양요원이 생계수단을 잃게 되는 문제가 발생한다. 장기요양요원은 장기요양기관과 근로계약을 체결하고 있으므로 수급자의 장기요양기관 교체가 바로 장기요양요원의 해고를 의미하는 것은 아니지만, 방문급여를 제공하는 재가 장기요양요원의 경우 시간제 근로계약을 체결하고 있는 경우가 대부분이고 기본급이 보장되지 않은 채 실제 급여를 제공한 시간에 따라 시급을 지급받고 방문급여를 제공하지 않은 경우 급여를 지급받지 못하므로(이른바 온-디멘드 노동) 장기요양기관의 교체가 장기요양요원의 수입 상실 및 고용불안과 직결되는 측면이 있다. 이와 관련하여 노인돌봄종합서비스의 경우 서비스 이용자가 서비스 제공기관을 변경하기 위해서는 최소 7일 전에 사전 통지 후 계약을 해

다른 책임보험에 가입했는지 여부를 공단 인터넷 홈페이지에 게시하여야 한다(법 시행규칙 제26조).

지할 수 있게 하고, 특별한 사유가 없이 계약을 해지할 경우에는 일방이 계약 위반에 따른 책임을 지도록 하며, 계약의 효력 정지 사유로 일시적인 병원 입원, 시설입소, 기타 사회통념상 인정할 만한 사유 발생 시를 예시하고 있는데²⁷³⁾, 장기요양급여제공계약에 있어서도 수급자의 장기요양기관 교체권에 대해 수급자의 교체권 행사가 권리의 남용에 해당된다고 볼 만한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 제한 조건을 두는 방안을 생각해 볼 수 있다.²⁷⁴⁾ 다만 현 시점에서는 영세한 장기요양기관의 난립으로 인하여 믿고 맡길 만한 장기요양기관이 많지 않은 실정이므로, 적절하지 않은 급여를 제공하는 장기요양기관으로부터 수급자를 보호하기 위하여 수급자의 장기요양기관 교체권이 충분히 보장되어야 하고 그 활용이 위축되어서는 아니 될 것이다. 또한 장기요양요원의 고용 안정성을 높이기 위해 월 60시간 이상 고용에 대한 급여비용 인센티브의 제공, 공공 장기요양기관의 확대 및 통합재가급여 제공을 통한 전일제 고용의 확대 등 다른 조치들이 선행되어야 할 것이다.

(나) 급여 제공자인 장기요양요원을 선택할 권리의 인정 여부

수급자는 장기요양기관과 장기요양급여제공계약을 체결하고 장기요양기관이 고용하여 보낸 장기요양요원을 통해 급여를 제공 받기 때문에 장기요양요원을 선택할 권리는 가지고 있지 않다. 이러한 권리는 법적으로도 계약상으로도 수급자에게 부여되어 있지 않다. 단지 수급자는 장기요양기관에게 장기요양요원의 교체를 요구할 수 있을 것인데, 장기요양기관이 수급자의 장기요양요원 교체 요구에 응하지 않을 경우 수급자는 장기요양기관 자체를 변경할 수 있으므로 사실상 장기요양기관은 수급자의 장기요양요원 교체 요구에 응하지 않을 수 없을 것이다. 다만 장기요양기관이 수급자의 요청을 받아들여 장기요양요원을 교체하더라도 장기요양요원을 누구로 교체할지를 수급자가 선택할 수 있는 것은 아니다. 어느 장기요양요원을 통하여 수급자에게 장기요양급여를 제공할

²⁷³⁾ 보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019, 157면.

²⁷⁴⁾ 도급의 경우 수급인이 일을 완성하기 전에 계약을 해지할 경우 도급인은 수급인이 입은 손해를 배상해야 한다(민법 제673조).

것인지는 장기요양급여제공계약에 따른 급여제공 의무자인 장기요양기관이 결정할 사항이고, 장기요양기관만이 사용자로서의 지휘·명령권에 기해 장기요양요원에게 특정 수급자에게 급여를 제공할 것을 지시할 수 있기 때문이다. 따라서 수급자는 장기요양요원의 교체에 관한 권리를 가지고 있지 않고, 단지 장기요양급여제공계약의 이행으로서의 급부 내용이 만족스럽지 않을 경우 장기요양기관에게 급부 내용의 개선 또는 장기요양요원의 교체를 요청할 수 있을 뿐이며, 그 경우에도 장기요양기관이 고용하고 있는 장기요양요원들 중에서 특정한 장기요양요원으로 교체해 달라고 할 수 있는 것은 아니다.

(다) 급여 내용을 선택할 권리

수급자는 원칙적으로 장기요양요원에게 특정한 급여를 요청할 수 있다. 장기요양급여는 수급자가 일상적으로 수행하기 어려운 신체활동 또는 가사활동을 지원하는 것을 내용으로 하는데 수급자에게 일상적 수행이 어려운(돌봄이 필요한) 신체활동 또는 가사활동의 종류가 무엇인지, 급여제공 당일 도움이 필요한 일상생활 활동이 무엇인지는 수급자 본인이 잘 아는 부분이고, 수급자의 급여 내용 선택 및 요구를 통해 보다 질 높은 급여를 제공받을 여지가 있기 때문이다.

다만 수급자는 장기요양요원에게 자신이 원하는 업무를 그 내용에 관계없이 모두 시킬 수 있다고 생각하거나, 장기요양요원으로부터 제공 받을 수 있는 급여의 범위에 대해 잘 알지 못하여 혹은 위 두 경우에 모두 해당하여 장기요양요원에게 부당한 업무(업무외행위)를 요구하는 경우가 있다. 수급자의 선택권을 존중한다는 것은 급여를 제공함에 있어 수급자의 욕구와 선택을 고려하여야 한다는 것이지 수급자에게 장기요양요원에 대한 지휘·명령권을 부여하는 것은 아니다. 이는 위에서 설명한 장기요양급여 제공의 기본원칙 중 ‘자립적 일상생활 수행의 원칙’, ‘적정성 및 개별성의 원칙’을 보더라도 알 수 있다.

수급자의 급여 선택권 또는 요구권에는 아래와 같은 일정한 한계가 존재한다. 우선 ‘명문상 한계’가 존재한다. 노인장기요양보험법(2018. 12. 11. 법률 제

16244호로 일부개정된 것) 제28조의2(2019. 6. 12.부터 시행)는 수급자 또는 장기요양기관은 장기요양급여를 제공받거나 제공할 경우 요구하거나 제공하여서는 아니 되는 ‘급여외행위’에 대하여 규정하고 있는데, 선택권의 내용상 한계로서의 ‘업무외행위’에 대해서는 아래 항에서 보다 자세하게 서술한다.

다음으로 장기요양급여에는 수급자의 건강증진 및 생활안정을 도모하여 삶의 질을 향상시킨다는 노인장기요양보험법의 목적(법 제1조)에 따른 ‘목적상 한계’가 존재한다. 수급자의 건강증진을 위해서는 신체활동, 재활활동 지원이 필요한데 수급자가 급여시간 내내 가사지원만을 할 것을 요구한다면 이러한 수급자의 요구는 노인장기요양보험법의 목적에 비추어 수용될 수 없는 것이다.²⁷⁵⁾ 이러한 한계는 노인등의 욕구·선택뿐만 아니라 노인등의 ‘심신상태·생활환경’도 종합적으로 고려하여 ‘필요한 범위 안에서’ 이를 ‘적절하게’ 제공하여야 한다는 장기요양급여 제공의 기본원칙(법 제3조 제2항)에도 표현되어 있고, 재가급여 제공 시 수급자가 가정에서 스스로 일상생활을 유지할 수 있도록 하는데 도움이 되는 방향으로 장기요양급여를 제공하여야 한다는 재가급여 제공기준의 일반원칙(급여기준 고시 제12조)에도 명시되어 있다. 사회서비스기본법안(오세세의원 대표발의, 의안번호 2015886)에서도 제공자와 종사자는 ‘사회서비스 표준을 충족하는 범위’에서 이용자의 욕구와 의사에 따라 ‘적절하게’ 사회서비스를 제공하여야 한다고 하여(제18조 제3항) 위와 동일한 취지로 규율하고 있다.

나. 급여 선택권의 내용상 한계로서의 업무외행위

장기요양요원은 장기요양보험제도에서 정한 바에 따라 노인 등에게 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 장기요양급여를 제공하는 사람이며, 수급자 또는 보

275) 실제로 재가노인지원서비스센터 담당자와의 인터뷰에 의하면, 요양보호사가 교육 받은 대로 수급자의 신체 건강 및 인지력 향상을 위한 여러 프로그램을 시도하려고 해도 수급자가 그런 프로그램은 필요하지 않으니 가사지원 활동만 해달라고 요청하는 경우가 존재한다고 한다.

호자가 고용한 가사사용인이 아니다. 장기요양급여제공 업무는 가사지원 뿐만 아니라 신체활동지원, 정서지원, 인지지원을 포함하고 아래에서 보는 바와 같이 가사지원의 경우에도 일정한 내용상 제한을 가지고 있으므로, 고용인에게 자신의 노동력의 처분을 맡기고 고용인이 지시하는 모든 가사업무를 이행해야 하는 가사사용인과 구별된다.

개정 노인장기요양보험법 제28조의2는 ‘급여외행위의 제공금지’라는 표제하에 장기요양요원의 업무 범위에서 제외되는 급여외행위의 종류를 명시하고 있는데, 급여외행위에는 ① 수급자의 가족만을 위한 행위, ② 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위, ③ 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위가 명시되어 있고(제1항), 그 밖에 급여외행위의 범위 등에 관한 구체적인 사항은 보건복지부령으로 정하도록 하고 있으나(제2항)²⁷⁶⁾, 현재까지 급여외행위의 범위 등에 관한 구체적인 사항을 정한 보건복지부령이 제정되지 않고 있다. 급여기준 고시도 가정방문급여는 수급자의 가정(가정집 등 수급자의 사적인 공간)에서 제공하는 것을 원칙으로 하고(위 고시 제15조), 해당 방문시간 동안 수급자 1인에 대하여 전적으로 제공하여야 하며(위 고시 제17조 제2항), 가정방문 급여비용의 산정은 수급자를 기준으로 적용하며 수급자 이외의 자에 대한 급여비용은 산정하지 아니한다(위 고시 제17조 제3항)고 정하고 있다. 즉 장기요양급여에는 수급자를 위한 행위여야 하고, 수급자의 생업이 아닌 일상생활을 지원하여야 하며, 수급자가 스스로 할 수 있는 행위가 아닌 스스로 하기 어렵거나 지장이 있는 행위를 제공해야 한다는 내용상 한계가 존재한다. 노인장기요양보험법 제28조의2에 업무외행위가 규정되기 이전에는, 법 시행규칙 제14조 제2항에서 수급자와 장기요양기관은 장기요양급여를 제공받거나 제공할 경우

276) 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제3조 제2항에서도 반복적으로 규정되어 강조되고 있다. “수급자와 장기요양기관은 노인장기요양보험법 시행규칙(이하 "규칙"이라 한다) 제14조 제2항에 따라 수급자의 가족을 위한 행위, 수급자 또는 그 가족(이하 "수급자 등"이라 한다)의 생업을 지원하는 행위, 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위를 요구하거나 제공하여서는 아니 된다.”

수급자의 가족을 위한 행위, 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위, 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위를 요구하거나 제공하여서는 아니 된다고 규정하고 있었는데, 시행규칙에 규정되었던 급여외행위 관련 규정을 법률에 규정하여 규범력을 높임과 동시에 법률유보의 원칙, 포괄위임입법금지 원칙의 위반으로 판단될 위험을 제거한 것이다.

법률에 규정되면서 변경된 내용을 구체적으로 살펴보면, 시행규칙의 ‘수급자의 가족을 위한 행위’가 법률에서는 ‘수급자의 가족만을 위한 행위’로 변경되었다. 이는 급여 제공으로 인해 결과적으로 수급자의 가족에게 혜택이 발생하더라도 그것이 수급자를 위해 급여를 제공하면서 동시의 또는 부수적인 결과로 나타난 것이라면 장기요양급여의 범위에 포함된다는 취지로 해석된다. 즉 급여 내용의 범위를 ‘수급자를 위한 것인지’를 기준으로 판단하고 있는 것이다. 그리고 ‘수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위’는 위에서 본 ‘자립생활 수행의 원칙’과 관련하여 수급자가 스스로 할 수 있는 일상적인 행위는 수급자가 하도록 하여야 한다는 점을 명시한 것이다.

다만 구체적으로 어떤 특정한 급여 행위가 ‘수급자의 가족만을 위한 행위’, ‘수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위’, ‘수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위’에 해당되는지 여부에 대해서는 판단이 어려운 모호한 상황이 발생할 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 급여가 수급자를 위하여 제공되고(제공 대상), 생업이 아니라 일상생활을 지원하는 것이며(제공 내용 - 객관적 판단), 수급자가 스스로 할 수 없는 것이라면(제공 내용 - 주관적 판단) 일용 급여의 범위에 해당할 것이다. 추후 보건복지부령으로 급여외행위의 구체적인 범위를 정하면서 세부기준이 정립되고, 그에 대한 유권적 판정례가 형성되어야 그 범위가 더욱 명확해질 것이다.

한편 업무외행위의 해당 여부에 대해서는 아래 판례를 참조할 만하다. 요양보호사가 장애인 공동생활가정에서 생활 중인 수급자에게 재가급여를 제공하면서 수급자가 아닌 다른 입소자의 식사까지 함께 마련해 준 사안에서, 국민건강보험공단은 “가정방문급여는 당해 방문시간 동안 수급자 1인에 대하여 전적으

로 제공하여야 하고 수급자 2인 이상에 대하여 동시 또는 순차적으로 가정 방문급여를 제공하는 경우 급여비용을 산정하지 아니한다.”라는 급여기준 고시를 근거로, 원고 및 요양보호사들은 수급자 A, B에게 방문요양급여를 제공하면서 이 사건 시설의 입소자 모두를 위해서 방문요양급여를 제공하였으므로, 원고 및 요양보호사들이 수급자 A, B에게 제공한 방문요양급여의 비용을 산정할 수 없다고 주장하였다.

이에 대해 법원은 위 급여기준 고시 조항의 취지는 동일한 장소에 방문하여 동시에 또는 순차적으로 여러 수급자에게 방문요양급여를 제공한 후 그 수급자들 모두에 대한 방문요양급여비용을 청구하는 것을 방지하기 위한 것이라고 보았다. 그리고 원고 및 요양보호사들이 수급자 A, B가 입소해 있는 이 사건 시설을 방문하여, 수급자 A, B의 양치질 돕기, 씻어 주기, 주물러 주기, 식사 제공, 설거지, 청소 등 방문요양급여를 제공하면서 선의로 다른 입소자들의 식사까지 함께 마련하는 등 도움을 준 사실은 인정되나, ① 요양보호사가 이 사건 시설에 있는 취사도구로 식사를 준비하면서 수급자 A, B의 식사만을 준비하거나 그들의 식기만을 설거지할 수는 없었던 것으로 보이는 점, ② 수급자 A, B가 거주하는 공간을 청소하면, 이는 곧 그들과 함께 거주하는 다른 입소자들에게 도움이 될 수밖에 없는 점 등을 고려하면, 원고 등 요양보호사들이 동시에 또는 순차적으로 여러 수급자에게 방문요양급여를 제공하였다고 할 수는 없다는 이유로 국민건강보험공단의 위 주장은 받아들일 수 없다고 판단하였다(서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015누37756 판결²⁷⁷⁾). 이러한 판례의 태도는 급여 제공으로 인해 결과적으로 수급자의 가족에게 혜택이 발생하더라도 그것이 수급자를 위해 급여를 제공하면서 동시의 또는 부수적인 결과로 나타난 것이라면 장기요양급여의 범위에 포함된다는 위 노인장기요양보험법 제28조의2의 취지에 부합하며, 수급자를 위하여 제공된 것이라면 그 급여 제공의

²⁷⁷⁾ 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016두33841 판결로 상고가 기각되어 원심이 확정되었다. 이 사건의 제1심인 서울행정법원 2015. 1. 22. 선고 2014구합12925 판결에서도 이 사건 급여비용 환수처분이 위법하다고 판단하였고, 제2심, 제3심에서도 동일한 결론이 유지된 것이다.

부수적 효과로 수급자가 아닌 제3자에게 혜택이 발생한다고 하더라도 그와 같은 급여 제공을 정당한 범위를 벗어난 급여로 볼 수 없다는 점에서 타당하다고 생각된다.

아울러 급여외행위 뿐만 아니라 장기요양급여의 내용에 포함되는 업무의 범위를 보다 구체적으로 정한다면 ‘업무범위 내의 행위’와 ‘업무외행위’를 둘러싼 혼란이 많이 감소할 수 있을 것이다.²⁷⁸⁾ 업무의 구체적인 내용과 범위, 수준을 결정하지 않는 것이 요양보호사의 업무 수행에 있어 많은 갈등을 일으키고 있기 때문이다.²⁷⁹⁾ 한편 장기요양급여가 시간으로만 규정되는 것이 아니라 업무(급여)의 구체적인 내용에 따라 이용할 수 있는 방향으로 분화, 발전되는 것도 필요하다.²⁸⁰⁾

다. 선택권의 적정한 보장을 위한 전제와 필요한 조치들

수급자가 선택권을 제대로 행사할 수 있으려면 일정한 전제가 요구된다. 선택권의 적정한 행사를 위해서는 수급자에게 자신의 건강증진 및 생활안정을 위해 어느 내용의 급여가 필요한지 판단할 수 있는 역량이 있어야 하고 이를 위해서는 상황별로 필요한 급여의 내용과 질 등에 대한 정보가 수급자에게 충분히 제공되어야 하는데, 수급자는 어느 종류의 급여가 자신에게 가장 유익한 것인지, 다양한 급여의 내용과 효용이 각각 무엇인지, 어떤 급여가 지속적인 자립생활에 도움을 주는지를 판단할 만한 지식을 가지고 있지 않은 경우가 많다.²⁸¹⁾ 따라서 자기결정권, 선택권의 부여는 필요에 따른 적절한 지원을 포함

278) 한 시설 장기요양기관의 경우 요양보호사들의 업무로 정해진 것은 ‘기저귀 갈기, 목욕·시트 갈기, 손발톱 깎기, 면도, 물통 채우기, 청소, 빨래, 점심 준비, 식사 도움, 양치 도움, 설거지, 빨래 널기, 간식 준비, 프로그램, 간식 도움, 일지 쓰기, 저녁 준비, 저녁 동무, 이동 변기·쓰레기통 비우기’라고 한다(한겨레, “앞지 말고 뛰어다녀 CCTV는 요양사도 따라다녔다”, 2019. 5. 15.).

<http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/893918.html>(최종방문일: 2019. 5. 18.)

279) 권나경·양난주, 앞의 논문, 161면.

280) 권나경·양난주, 앞의 논문, 161면.

하는 개념으로 이해되어야 하고, 권리를 행사하기 위해 적절한 지원을 받는 것도 권리로서 인정되어야 한다.²⁸²⁾

급여기준 고시는 “장기요양기관 및 종사자는 장기요양에 필요한 사항이나 지식을 수급자 또는 그 가족 등에게 이해하기 쉽도록 설명하고 안내하여야 한다.”라고 하여 장기요양기관 및 장기요양요원에게 수급자에 대한 ‘급여제공내용 설명 및 안내의무’를 부과하고 있으나(급여기준 고시 제8조 제1항)²⁸³⁾, 이러한 설명 및 안내의무가 제대로 이행되고 있는지, 이를 통해 수급자의 선택권 행사의 전제가 되는 정보가 충분히 제공되고 있는지는 의문이다. 그리고 장기요양기관 운영자 및 장기요양요원에게 수급자에 대한 설명 및 안내를 맡길 만큼 장기요양기관 운영자 및 장기요양요원에게 충분한 교육이 이루어지고 있지도 않은 것으로 보인다. 요양보호사에게는 연간 8시간의 보수교육이 이루어지는 것이 전부이고, 장기요양기관 운영자에 대해서는 인권교육을 받을 의무 이외에 장기요양급여에 대한 교육을 받을 의무가 부과되어 있지 않다. 또한 장기요양사업의 관리운영기관인 공단도 ‘수급자에 대한 정보제공·안내·상담 등 장기요양급여 관련 이용지원에 관한 사항’에 대한 업무를 관장하나(법 제48조 제2항 제7호), 이를 통해서도 수급자에게 충분한 정보가 제공되고 있다고 보기는 어렵다.²⁸⁴⁾

서울시 어르신돌봄종사자 종합지원센터 센터장과의 인터뷰에서 센터장은 수급자는 정보가 없어서 선택권을 제대로 행사할 수 없고, 자신에게 무엇이 필요

281) 브라이오니 도 외, “호주의 노인 돌봄 최근 동향”, 『국제사회보장리뷰』 2018 겨울호 Vol. 7, 32-34면.

282) 조남경, 앞의 논문, 56면.

283) 사회보장기본법안에서도 이와 같은 정보 제공의 중요성을 인정하여 사회서비스의 구체적인 내용, 사회서비스 표준 등 일정한 정보를 제공자가 매년 1회 이상 홈페이지 등을 통하여 공시하게 하고, 이러한 공시정보를 행정기관에서 관리하고 수요자 및 이용자에게 안내하도록 하고 있다(제20조).

284) 이러한 보험자의 가입자에 대한 정보제공, 설명, 상담, 통지 등은 보험자의 가입자에 대한 보호의무의 내용으로 논의되고 있다(전광석·박지순·김복기, 앞의 책, 25면).

한지 알지 못해서 예를 들어 욕창이 있어도 방문간호를 신청하지 못하며, 가족 역시 선택권을 제대로 행사할 수 있는 능력이 없는 것은 마찬가지라고 지적하였다. 오히려 충분한 지식과 전문성을 가지고 있지 않은 수급자(및 그 가족)와 장기요양요원에게 급여제공시간의 분배(급여의 종류)와 내용에 대한 결정을 다 맡겨 놓는 현행 노인장기요양보험제도에 문제가 있고, 전문가에 의한 급여종류 및 내용의 결정 즉 케어플랜(사례관리)이 도입되어야 한다고 역설하였다. 일본의 경우 개호지원전문원(케어매니저)을 제도화하여 수급자 등의 상담에 응하거나 그들의 심신상황 등에 맞추어 케어플랜²⁸⁵⁾을 작성하고, 급여 이용에 대한 계속적인 관리와 재평가 등을 하도록 하고 있는데²⁸⁶⁾, 우리 장기요양보험은 공단이 등급 인정 시 송부하는 표준장기요양이용계획서의 내용을 반영하여 장기요양기관이 장기요양급여 제공계획서를 작성하고 수급자의 동의를 받아 그 내용을 공단에 통보하도록 하고 있을 뿐이다(법 제27조 제3항).²⁸⁷⁾ 또한 개인이 운영하는 영세한 장기요양기관이 많은 현실에서 장기요양기관에게 케어플랜의 작성을 맡긴다고 해도 충실한 사례관리가 이루어지기를 기대할 수 없다.

환자가 의사와의 관계에서 건강보험급여의 종류와 내용을 선택할 수 없는 것과 마찬가지로 급여 내용의 선택을 수급자에게 맡겨 둘 것이 아니라 수급자의 자립생활 유지와 건강증진에 필요한, 전문적이고도 개별적인 급여 제공계획이 수립되어야 하고, 이를 위해서는 사례관리(케어플랜) 전문가의 양성 및 제도화가 필요하다. 케어플랜의 작성 과정에서 수급자의 욕구와 선택이 충분히 고려되어야 하고 이를 위한 참여와 소통을 활성화하기 위한 절차적 장치가 마

285) 케어 매니지먼트(care management)는 복합적이고 장기적인 욕구를 가진 대상자의 사회생활에 필요한 욕구를 충족시키기 위해 적절한 사회적 자원과 연계하는 절차의 총체라고 할 수 있고, 성공적인 케어 매니지먼트를 위해서는 케어 매니저(care manager)가 이용자의 심신상태나 욕구수준을 평가하여 해당 욕구를 충족하기 위해 공적 자원 및 비공식적 지지를 연계하여야 하는데 그 과정을 케어 플랜(care plan)이라고 일컫고 있다(이용갑 외, 앞의 보고서, 112면).

286) 이광재, 앞의 책, 229면.

287) 이러한 장기요양기관의 장기요양급여 제공계획서 작성 의무도 2018. 12. 11.에야 신설된 것이다.

련되어야 하겠지만, 예를 들어 장기요양등급 3-4등급에게 제공되는 1일 3시간의 급여시간 중 가사지원, 신체활동지원, 정서지원, 인지활동지원 등의 배분은 사례관리 전문가에 의해 결정되어야 할 것이고, 수급자의 선택권은 급여의 종류별로 정해진 시간의 범위 내에서 특히 가사지원, 신체활동지원의 구체적인 내용에 대해서 행사될 수 있을 것이다.²⁸⁸⁾

또한 수급자가 선택권을 행사하여 보다 나은 돌봄을 제공 받기 위해서는 민고 말길 만한 양질의 급여를 제공하는 장기요양기관과 장기요양요원이 존재하여야 한다. 사람들이 진정 원하는 것은 선택이라기보다 (선택을 통해 확보하고자 하는) 보증되고 안전한 급여이기 때문이다.²⁸⁹⁾ 이를 위해서는 장기요양기관의 영세성 해소, 건실한 장기요양기관의 양성 및 공공성 확대, 장기요양요원의 전문성 향상을 위한 교육 강화 및 직무경로(career path) 개발이 요구된다.

그리고 무엇보다도 ‘급여제공내용 설명 및 안내의무’가 충실하게 이행될 수 있도록 하고, 수급자(및 그 가족)와 장기요양요원(및 장기요양기관) 사이의 의사소통을 활성화하는 것이 중요하다. 장기요양급여제공계약은 인격적인 대면과 신뢰가 중요한 계약이라는 점에서 정보제공과 의사소통이 활성화 될 때 더 나은 급여(더 좋은 돌봄)가 제공될 수 있기 때문이다.

5. 수급자와의 사적 계약을 통한 돌봄 제공이 허용되는지

가. 현행법상 규율

현재 수급자가 장기요양요원과 사적 합의를 하여 장기요양급여 제공시간을

288) 방문요양의 경우 신체활동지원, 일상생활지원 이외에 ‘개인 활동 및 정서 지원’이라는 부분에서 케어 매니지먼트 개념을 적용하여 전문성을 강화하는 방향으로 요양보호사의 역할을 확대할 수 있다는 주장에 대해서는 이용갑 외, 앞의 보고서, 114면 참조.

289) 석재은, “좋은 돌봄의 정책 원리: 돌봄의 상품화를 넘어서”, 김혜경 편, 앞의 책, 79면.

초과하여 서비스를 제공 받거나, 급여외행위에 해당하는 행위를 하게 하는 사례가 존재한다.²⁹⁰⁾ 현행 장기요양보험법령상 이를 금지하는 명문의 규정은 발견되지 않는다.

나. 사적 계약이 수급자와 장기요양요원의 관계에 미치는 영향

수급자와 사적 계약을 체결하여 돌봄을 제공할 경우 장기요양요원은 노동법상 가사(家事)사용인의 법적 지위를 가진다. 근로기준법은 가사사용인에 대하여 적용되지 않으므로(근로기준법 제11조 제1항), 장기요양요원²⁹¹⁾은 사적 계약을 체결하여 돌봄을 제공하는 동안에는 앞의 제3장에서 다른 근로기준법에 의한 보호를 받을 수 없다. 또한 가사사용인에 대해서는 최저임금법도 적용되지 않고(최저임금법 제3조 제1항), 기간제 및 단시간근로자보호 등에 관한 법률의 적용도 배제되며(기간제법 제3조 제1항), 근로자퇴직급여 보장법의 보호도 받지 못한다(근로자퇴직급여 보장법 제3조). 뿐만 아니라 가사사용인은 4대보험 가입의무로부터도 배제되어 있어²⁹²⁾ 일하는 과정에서 다치거나 질병에 걸려도 치료비, 요양비를 스스로 부담해야 하고, 실업, 노후에 대한 대비는 물론 일하는 과정에서 발생할 수 있는 인적·물적 손해에 대한 배상책임까지 고스란히 자신이 부담해야 한다.²⁹³⁾ 즉 장기요양요원은 수급자와 사적인 계약을 체결하

290) 재가노인지원서비스센터 담당자, 서울특별시 어르신돌봄종사자 종합지원센터 센터장과의 인터뷰에서도 확인된 내용이다.

291) 장기요양요원은 장기요양기관과의 근로계약에 기하여 급여를 제공하는 동안에는 장기요양요원의 지위를 가지지만, 수급자와 사적인 계약을 체결하여 근로를 제공하는 동안에는 장기요양요원의 지위를 가진다고 볼 수 없다. 다만 여기에서는 설명의 편의상 장기요양요원이 수급자와 사적인 계약을 체결하여 근로를 제공하는 경우에도 장기요양요원이라고 칭한다.

292) 산업재해보상보험법 시행령 제2조 제1항 제4호에서는 ‘가구내 고용활동’을 적용 범위에서 제외하고, 고용보험법 시행령 제2조 제1항 제3호에서도 ‘가구 내 고용활동’을 적용 범위에서 제외하고 있다.

293) 조성혜, “가사근로자의 법적 지위와 ‘가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률안’ 분석”, 『법과 정책연구』 제18집 제2호, 2018, 226면.

여 돌봄을 제공하는 동안에는 장기요양급여제공계약의 이행보조자로서 돌봄을 제공할 때에 부여되었던 관계법령에 의한 보호를 상실하게 된다.

그리고 사적 계약에 근거하여 수급자에게 돌봄을 제공하는 관계에서는 수급자가 장기요양요원의 사용자의 지위를 가진다. 가사사용인의 업무 내용에는 별다른 제한이 존재하지 않고 이러한 관계에는 장기요양보험법상 업무외행위에 관한 제한이 적용되지 않으므로, 수급자는 장기요양요원과 체결한 사적 계약의 내용에 따라 장기요양요원에게 장기요양보험법에서는 허용되지 않는 수급자의 가족만을 위한 행위, 수급자의 생업을 위한 행위, 수급자가 지장 없이 스스로 할 수 있는 행위 등을 할 것을 지시할 수도 있다. 그리고 장기요양요원은 수급자에게 돌봄을 제공함에 있어, 사적 근로계약에 따라 사용자(수급자)에 대해 부담하는 보호의무, 비밀유지의무 뿐만 아니라 급여제공내용 설명 및 안내 의무, 노인학대 신고의무 등 장기요양 관련법령에서 정한 법정의무를 부담하지 않는다. 그리고 장기요양보험법에 의한 전문가배상책임보험이 적용되지 않기 때문에 개인적으로 보험에 별도로 가입하지 않는 한 수급자가 사적 서비스로 인한 피해를 입더라도 그 피해를 보험을 통해 전보받기는 어렵게 된다.

즉 수급자가 장기요양요원과 사적인 계약을 직접 체결하여 돌봄을 제공 받는 경우에는 순전히 자기책임의 원칙에 기초하여 서비스와 보수를 주고받게 된다.²⁹⁴⁾

다. 사적 계약이 장기요양보험제도에 미치는 영향 및 시사점

장기요양급여제공계약에 기하여 수급자에게 장기요양급여를 제공하고 있는 장기요양요원이 수급자와의 사적인 계약을 통해 장기요양보험의 범위에서 벗어난 사적인 서비스를 제공할 경우, 범위 내의 급여와 업무외행위의 경계, 장기요양보험에 의한 급여제공시간과 사적 서비스 제공시간의 경계가 허물어질 수 있고, 이는 장기요양보험제도의 목적 달성을 저해하고 급여시간 내에 이루어지

²⁹⁴⁾ 조성혜, 앞의 논문, 231면.

는 업무외행위의 파악을 어렵게 함으로써 장기요양급여 및 재정의 누수를 초래할 위험이 있다. 그리고 사적 합의를 통한 서비스 제공에는 국가, 공단이 개입할 수 없기 때문에 서비스의 질이나 내용의 관리가 사실상 불가능하다는 점이 더 큰 문제이다. 따라서 장기요양보험제도에 미치는 영향을 감안하여 장기요양요원이 수급자와 사적인 계약을 맺고 사적인 서비스를 제공하는 것을 금지할지 여부에 대해서 검토해 볼 필요가 있다.

다만 이러한 사적인 계약이 발생한 근거에는 하루 중 3-4시간만 방문요양급여가 제공되고 나머지 20-21시간에 대해서는 여전히 가족 등 비공식적 돌봄의 영역에 노인 돌봄을 맡기고 있는 현실의 문제가 자리하고 있다고 본다. 또한 장기요양급여를 통해 신뢰관계가 형성된 장기요양요원으로부터 더 많은 돌봄을 제공받고 싶은 의도도 이러한 계약을 체결하는 원인이 되었을 것이다. 따라서 현재 부분적인 수준에 머물고 있는 돌봄의 사회화를 확장할 필요가 있다. 다만 재정상 급여제공시간을 확장하는 데에는 한계가 존재하므로 시민들이 참여하는 지역사회돌봄, 급여 사이의 분절성을 극복한 통합재가급여 등을 통한 노인돌봄 패러다임의 전환이 필요하다.

제2절 수급자의 보호

1. 수급자의 권리 보호와 인권 침해

헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”라고, 제34조 제5항은 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 각 규정하여 노령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인 등의 사회보장수급권을 인정하고 있으며, 이에 따라 노인장기요양보험법이 제정되었다. 즉 노인들은 인간다운 생활을 할 권리에 기한 사회보장수급권을 가

지며, 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등의 사회보장수급권을 보장하기 위해 노인장기요양보험법이 제정된 것인데, 이러한 관점에서 장기요양보장의 한 주체인 장기요양요원은 수급자의 인권 내지 권리의 지원자로서 자리매김하게 된다.²⁹⁵⁾

이러한 관점에서 장기요양요원은 급역을 제공함에 있어서 수급자의 인격을 존중하여야 함은 물론이고²⁹⁶⁾, 장기요양기관 또는 제3자에 의한 수급자의 권리 침해를 발견할 때에는 이를 신고하여 수급자를 보호하는 역할을 하여야 한다. 그리고 이러한 장기요양요원의 역할에 비추어 볼 때 장기요양요원이 수급자를 학대하는 등 자신의 수급자 인권 옹호자로서의 역할을 방기할 경우 그에 대한 비난가능성은 가중된다. 그러나 현실은 이러한 이론적 이상과는 다르게 전개되는 경우가 많다. 현장에서 돌봄의 의무는 돌봄대상자의 취약성으로 인해 쉽게 지배와 폭력으로 전환되는데, 돌봄의 의무가 있는 자에게는 그 대상자에 대한 지배와 권한도 법적으로 또는 사실적으로 주어지기 때문이다.²⁹⁷⁾ 특히 시설 내 돌봄노동에 있어서는 돌봄대상자의 상황과 자신의 노동상황으로 인해 발생하는 돌봄노동자의 스트레스나 정신적 고통이 그 자신의 내부에서만으로 끝나지 않고, 그 돌봄 대상자에게도 다시 환원되어 돌려지는 경우가 많다.²⁹⁸⁾ 따라서 장기요양요원이 자신의 돌봄을 필요로 하는 수급자의 인권을 침해할 경우 그러한 침해의 재발을 막기 위해서라도 그 행위에 상응하는 제재가 필요하지만 강력한 제재를 가하는 것만으로는 충분하지 않으며, 그러한 인권침해가 발생하지 않도록 예방적으로 장기요양요원에게 충실한 인권교육을 실시하고 장기요양요원의 열악한 근무환경이 수급자에 대한 학대나 착취로 이어지지 않도록 근무환경 개선을 위한 조치를 취할 필요가 있다.

295) 原田啓一郎, 앞의 논문, 40頁.

296) 사회서비스기본법안에서는 종사자는 이용자의 인격을 존중하고 신뢰하여야 하며 이를 훼손할 수 있는 폭행이나 모욕적인 언행 또는 성폭력 등에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제19조 제1항).

297) 신권철, “사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰”, 『노동법연구』 제43호, 서울대 노동법연구회, 2017, 63면.

298) 신권철(2017), 앞의 논문, 62면.

한편, 장기요양기관과 장기요양요원은 수급자가 시설 밖으로 나가 사고를 당하지 않도록 보호할 의무 등 수급자를 보호할 의무를 부담하는데, 이러한 의무이행이 수급자의 인권과 충돌하는 상황이 발생할 수 있다.

신체구속이 그 예이다. 시설급여기관은 급여제공과정에서 수급자를 격리하거나 억제대 등을 사용하여 묶는 등 신체를 제한하여서는 아니 된다(급여기준 제43조 제3항 본문). 다만, 수급자 또는 시설급여기관 종사자 등의 생명이나 신체에 위험을 초래할 가능성이 현저히 높은 경우에 한해 수급자 본인의 치료 또는 보호를 도모하는 목적으로 신체적 제한이 행해질 수는 있고, 이 경우 시설급여기관의 장은 수급자 본인이나 가족에게 이 사실을 통지하여 동의를 받고, 수급자의 심신상태, 신체적 제한을 가한 시간, 신체적 제한을 가할 수밖에 없는 사유 등을 급여제공기록지에 자세히 기재·관리한다(급여기준 고시 제43조 제3항 단서). 수급자의 폭력적인 행동으로 인해 수급자 또는 장기요양요원의 생명이나 신체에 위험을 초래할 가능성이 현저히 높은 경우에는 아주 제한적으로 위와 같은 절차를 철저히 준수하여 신체 제한 조치를 취하는 것이 가능하다고 규정되어 있기는 하지만, 이는 수급자의 신체의 자유, 인격권 등에 대한 심대한 침해를 야기할 수 있고 남용될 위험성이 크다는 점에서 활용이 엄격하게 억제되어야 할 것이고 남용을 막기 위해 사후통제 절차를 마련할 필요가 있다.²⁹⁹⁾ 특히 수급자의 가족에게는 수급자에 대한 신체적 제한에 관해 동의할 법적인 권한이 없다. 그리고 이러한 신체적 제한은 수급자의 신체의 자유, 인격권 등에 대한 중대한 제한인데 급여기준 고시에서 상위 법령의 위임 없이 이를 규율하고 있는 것은 법률유보의 원칙 또는 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되어 위헌·무효인 것으로 판단된다. 또한 시설 장기요양기관의 인력 배치기준을 현실화하여 수급자에 대한 신체 제한 조치 없이 급여가 제공되도록 하여야 하며, 위 급여기준 고시 제43조 제3항 단서가 상정하고 있는 폭력성

299) 일본 후생노동성도 가이드라인 ‘신체구속 제로로의 인도’를 발표하여 개호보협의 적용을 받는 시설에서 신체구속을 원칙적으로 금지하고 있다(요시무라 카즈미, 『일본의 개호복지』, 박성호 역, 제이앤씨, 2005, 94면).

등이 있는 수급자에 대한 급여제공에 관해서는 추가적인 급여비용을 지급하여 위와 같은 수급자에 대한 급여 제공을 위해 더 많은 장기요양요원을 고용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 수급자의 신체의 자유, 건강권은 수급자의 기본적인 권리이므로 수급자를 묶어 놓거나 수급자에게 약물을 주입하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 아니 된다. 수급자의 신체를 묶거나 구속하는 것은 수급자의 신체의 자유와 비견될 수 있는 수급자의 다른 기본권의 침해를 막기 위해 반드시 필요한 경우에 한정되어야 하고 그 경우에도 본인 동의 등의 엄격한 절차를 준수하도록 하여야 할 것이다. 만약 본인의 동의를 얻기 어려운 상황이라면 법원이나 위원회 등 중립적이고 객관적인 기관에 의한 사전적, 사후적 절차 통제가 요구된다. 그리고 심각한 건강상 위험을 막기 위한 강제가 허용된다고 할 때에도 그것이 강제인 이상 법에 근거가 있어야 하고, 법에 근거할 때에도 설명과 설득 과정이 있어야 한다.³⁰⁰⁾

그리고 시설 장기요양기관이 수급자의 안전사고를 방지하기 위해 입구에 잠금 장치를 하는 등의 방식으로 수급자를 시설 내에 가두어 두는 것은 허용되는가. 장기요양기관이 수급자의 안전을 보호할 의무를 부담하고 이를 위반하여 수급자의 신변에 위해가 발생하였을 경우에는 형사상 업무상 과실치사상죄의 죄책을 부담하기는 하지만, 수급자를 시설 내에 가두는 것은 수급자의 행동의 자유 침해를 야기하므로 허용될 수 없고 가둘 경우 형법상 감금죄(제276조)³⁰¹⁾

300) 신권철, “노인 돌봄과 학대의 법적 쟁점과 과제”, 『저스티스』 통권 제146-1호, 2015, 58면.

301) 감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄로서 이와 같이 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 심히 곤란하게 하는 그 장애는 물리적, 유형적 장애뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하여서도 가능하고, 또 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없어서 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 아니하며, 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 반드시 전면적이어야 할 필요도 없다(대법원 2002. 2. 11. 선고 99도5286 판결). 또한 감금죄가 성립하기 위하여 반드시 사람의 행동의 자유를 전면적으로 박탈할 필요는 없고, 감금된 특정한 구역 범위 안에서 일정한 생활

가 성립할 수 있다. 판례는 정신병자라고 하여 감금죄의 객체가 될 수 없다고 볼 수 없다고 판시한 바 있으므로(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도4315 판결), 이러한 법리에 의하면 감금 사실을 인식하지 못하는 인지능력이 부족한 치매 노인에 대해서도 감금죄가 성립할 수 있다. 따라서 수급자에 대한 보호는 수급자를 시설 내에 가두는 방식으로 행해서는 아니 되며, 시설 밖으로 나가는 사고를 막거나 치매 등으로 인지능력에 문제가 있는 수급자를 관리하는 것은 장기요양요원을 추가로 배치하고, 이를 위해 인력배치 기준을 실제 필요한 수준으로 상향하고 적정한 급여비용을 지급하는 방식으로 이루어져야 한다.

2. 장기요양요원의 의무와 책임

수급자의 권익을 보호하기 위해 법은 장기요양요원에게 여러 가지 의무를 부여하고 있다. 이는 수급자와 장기요양요원 사이의 계약관계에 기하여 발생한 것이 아니라 법령에 기하여 발생하였다는 점에서 ‘법정의무(法定義務)’라고 부를 수 있다. 이하에서는 장기요양요원의 법정의무, 민·형사상 책임의 내용을 살펴보고, 수급자 인권 보호 및 급여의 질 향상을 위해 장기요양요원에 대한 교육 강화가 필요하다는 점을 밝힌다.

가. 장기요양요원의 법정의무

(1) 보호의무

보호의무는 계약관계에서 상대방의 생명·신체·재산 또는 기타의 법익을 침해

의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 유형적이거나 무형적인 수단과 방법에 의하여 사람이 특정한 구역에서 벗어나는 것을 불가능하게 하거나 매우 곤란하게 한 이상 감금죄의 성립에는 아무런 지장이 없다(대법원 1998. 5. 26. 선고 98도1036 판결).

하지 않을 의무로서, 안전배려의무는 계약의 부수적 의무인 보호의무에 포함시키는 것이 일반적이다. 그러나 사회보장 계약에 있어서는 보호의무와 급부의무를 구별하기 어려운 경우도 있고, 특히 시설급여의 경우 이용자를 시설에서 안전하게 보호하는 것은 주된 급부의무에 해당한다.³⁰²⁾³⁰³⁾ 다만 위에서 살펴본 바와 같이 수급자와 장기요양요원 사이에는 아무런 계약관계가 없으므로 장기요양요원은 장기요양급여제공계약의 부수적 의무로서 보호의무를 부담하는 것이 아니라 아래에서 보는 바와 같이 법이 정하는 바에 따른 보호의무를 부담한다.

그리고 장기요양요원은 성, 연령, 건강상태 및 장애, 경제상태, 종교 및 정치적 신념 등의 사유로 급여제공 과정에서 수급자를 차별 또는 학대해서는 아니 된다(급여기준 고시 제9조 제2항).

또한 장기요양기관 및 종사자는 노인장기요양보험법 제3조 제3항에 따라 수급자의 심신 상태나 건강 등이 악화되지 않도록 의료서비스와 연계하여 제공하여야 하고(급여기준 고시 제6조 제1항), 급여제공과정에서 수급자의 질병악화 등으로 의료기관의 치료 또는 의료적 처치가 필요하다고 판단하는 때에는 보호자 등에게 이를 알리고 필요한 조치를 하여야 한다(급여기준 고시 제8조

302) 박정연, “복지서비스의 민간공급에 관한 공법적 규율 - 노인요양서비스를 중심으로-”, 고려대학교 박사학위논문, 2015, 264면.

303) 수원지방법원은 파킨슨 병 및 치매 등을 앓던 乙이 甲이 운영하는 요양원에서 요양보호를 받고 있었는데, 乙이 요양원을 나와 배회하다가 요양원 근처 휴게소 주변에 있는 개울에서 넘어져 머리를 박는 사고가 발생하여 119 소방대원에게 구조되어 치료를 받던 중 사망한 사안에서 甲은 장기요양급여계약에 따라 보호하게 된 乙을 안전하게 보호하고 요양할 의무가 있음에도, 乙에 대한 관리를 소홀히 한 과실로 乙이 요양원을 빠져 나와 주변을 배회하다 이 사건 사고를 당하여 결국 사망하였으므로, 甲은 이 사건 사고로 乙 및 乙의 처와 자녀인 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다(수원지방법원 2012. 10. 17. 선고 2012나9703 판결). 즉 치매 등으로 사리분별능력이 감퇴된 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 단기보호, 주·야간보호, 시설급여 기관은 수급자가 임의로 기관 외부로 나가 사고를 당하는 일이 없도록 안전하게 보호할 ‘계약상 보호의무’를 부담한다.

제2항). 이는 장기요양급여 제공원칙 중 ‘의료서비스와의 연계 원칙’이 구체화된 것이고, 생명과 신체를 돌보는 돌봄노동의 성격상 장기요양급여 제공자가 이행해야 할 의무라고 볼 수 있다.

만약 장기요양요원이 수급자의 질병악화 등으로 의료기관의 치료 또는 의료적 처치가 필요하다고 판단되는 상황에서 고의 또는 과실로 보호자 등에게 이를 알리지 않고 필요한 조치를 취하지도 아니하여 수급자에게 손해가 발생하였다면, 민사적으로 장기요양요원은 불법행위로 인한 손해배상책임, 장기요양기관은 이행보조자인 장기요양요원의 고의·과실로 인한 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하게 될 뿐만 아니라, 형사적으로 업무상 과실에 따른 형사 책임을 질 수 있다.

(2) 비밀유지의무

장기요양요원은 장기요양급여 제공과 관련하여 지득하게 된 수급자에 대한 정보를 장기요양기관에게 보고하는 목적 이외에 다른 사적인 목적으로 유출하지 않을 의무를 부담한다(법 제62조 제1호). 급여기준 고시에서도 “장기요양기관에 종사하고 있거나 종사하였던 자는 업무 수행 중 알게 된 수급자 및 그 가족의 개인정보 등의 비밀을 다른 사람에게 누설하거나 직무상 목적 외의 용도로 이용하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있으며(제9조 제1항), 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 제3자에게 제공하는 행위는 개인정보 보호법에 의해서도 금지된다(개인정보 보호법 제71조 제1호).³⁰⁴⁾

공정거래위원회 표준약관 제10068호(2014. 9. 19. 개정) “장기요양급여 이용 표준약관(방문요양)”에 장기요양기관의 의무로 ‘급여제공 중 알게 된 수급자의

³⁰⁴⁾ 사회서비스기본법안에서는 “제공자와 종사자는 업무를 수행하면서 취득한 이용자의 정보 또는 자료를 이 법에서 정한 목적 외의 다른 용도로 사용하거나 다른 사람 또는 기관에 제공하거나 누설하여서는 아니 된다. 다만, 이용자가 동의한 경우에는 법령이 허용하는 범위 내에서 이용자의 정보 또는 자료를 사용 또는 제공할 수 있다.”라고 정하고 있다(제19조 제2항).

신상 및 질환증에 관한 비밀유지(단, 치료 등의 조치가 필요한 경우는 예외)’를 규정하고 있는 것(제5조 제2항 제4호)은 장기요양요원과 장기요양기관이 부담하는 비밀유지의무를 반영한 것이다.

(3) 장기요양급여제공내용 설명 및 안내 의무

앞의 수급자의 선택권 부분에서 설명한 것과 같이 장기요양기관 및 종사자는 장기요양에 필요한 사항이나 지식을 수급자 또는 그 가족 등에게 이해하기 쉽도록 설명하고 안내하여야 한다(급여기준 고시 제8조 제1항). 이는 수급자에게 정보를 제공함으로써 수급자의 선택과 참여를 지원하기 위한 것이다.

(4) 노인학대 신고의무

누구든지 노인학대를 알게 된 때에는 노인보호전문기관 또는 수사기관에 신고할 수 있는데(노인복지법 제39조의6 제1항), 장기요양요원이 직무상 65세 이상의 사람에 대한 노인학대를 알게 된 때에는 즉시 노인보호전문기관 또는 수사기관에 신고하여야 한다(동법 제39조의6 제2항 제6호). 일반인에 대해서는 신고 여부를 임의로 결정할 수 있도록 한 것과 달리 노인을 돌보는 장기요양요원이 직무상 노인학대를 알게 된 때에는 관련 기관에 반드시 신고하여야 할 의무를 부과하고 있는 것이다. 신고의무를 위반하여 노인학대를 직무상 인지하였음에도 신고하지 아니한 경우 500만 원 이하의 과태료가 부과된다(동법 제61조의2 제1항 제1호).

신고의무를 이행한 경우 신고인에 대해서는 보호조치가 이루어진다. 신고인의 신분은 보장되어야 하며, 그 의사에 반하여 신분이 노출되어서는 아니 된다(동법 제39조의6 제3항). 신고인의 신분 보호 및 신원 노출 금지 의무를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제57조 제4호).

그리고 장기요양기관은 소속 노인학대 신고의무자(장기요양요원)에게 노인학대예방 및 신고의무에 관한 교육을 실시하고 그 결과를 보건복지부장관에게 제출하여야 한다(동법 제39조의6 제5항 제3호).

즉 장기요양요원은 장기요양기관 또는 제3자에 의해 발생하는 노인학대에 대한 감시자이자 신고의무자로서 본인이 수급자인 노인을 학대하지 않는 것에 그치지 않고 노인학대의 예방 및 구제를 위한 적극적인 역할을 담당하여야 한다.

(5) 부정행위 신고의무의 신설 필요성

노인돌봄서비스 종사자에 대해서는 서비스 수급자의 자격 변동 사실을 알게 되거나 서비스 수급자 또는 제공기관의 부정수급을 알게 되었을 때 이를 신고하게 하고 있다.³⁰⁵⁾ 장기요양요원에 대해서도 수급자 또는 장기요양기관의 부정행위를 발견할 경우 이를 신고할 의무를 부과하여 장기요양보험제도의 건전성을 지키는 역할을 부여하는 것을 검토할 만하다.

이와 관련하여 법 제47조의2로 장기요양요원지원센터에 대한 신고 조항을 신설하여 장기요양기관이 노인장기요양보험법을 위반한 경우 장기요양요원이 이를 장기요양요원지원센터에 신고할 수 있도록 하고, 장기요양요원지원센터는 신고에 따라 위반 사실이 확인된 경우 즉시 그 사실을 공단 및 지방자치단체의 장에게 통보하고 필요한 경우 관계기관에 신고하도록 하는 조항을 추가하는 주장이 제기되었는데³⁰⁶⁾, 장기요양기관 운영의 적법성과 투명성을 제고하고 장기요양보험제도의 건전성을 높이기 위해 위와 같은 조항의 도입도 검토해 볼 만하지만, 뒤에서 보는 것과 같이 장기요양요원지원센터가 현재 서울 지역 외에서는 제대로 운영되고 있지 않다는 점에서 한계가 존재한다.

그리고 서울특별시 강북구 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조

305) 보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019, 146면.

306) 윤지영, 앞의 글, 89면.

례는 “구청장은 장기요양요원이 장기요양기관의 운영과 관련된 위법·부당 행위 및 그 밖에 비리 사실 등을 관계 행정기관과 수사기관에 신고하는 행위로 인하여 징계 조치 등 신분상 불이익이나 근무조건상 차별을 받지 않도록 조치하여야 한다.”라고 정하고 있는데(제7조 제3항), 지방자치단체의 장에게 이러한 조치의무를 지을 뿐 아니라 장기요양기관이 장기요양요원의 공익적 신고를 이유로 장기요양요원에게 불이익한 조치를 하지 못하도록 금지하고 이를 위반할 경우 처벌을 하는 입법이 필요하다.

나. 장기요양요원의 민·형사상 책임

(1) 민사책임 - 손해배상책임

장기요양급여 제공 중 장기요양요원이 수급자에게 인적·물적 손해³⁰⁷⁾를 야기할 수 있는데 장기요양요원이 본인의 자력(資力)으로 그러한 손해를 전부 배상하도록 하면 보수 수준이 높지 않은 장기요양요원이 이로 인해 경제적 곤궁에 처할 수 있고, 일부 인적 손해는 수급자의 신체활동을 돕는 장기요양급여 제공 자체에 내재된 위험이라고 평가할 수 있으므로 이러한 위험으로부터 장기요양요원을 보호하기 위한 재정적, 제도적 지원장치가 마련되어야 한다.³⁰⁸⁾ 이러한 지원장치는 수급자가 급여를 제공 받는 과정에서 입은 피해를 전보 받는 데에도 도움이 되므로³⁰⁹⁾ 수급자를 보호하는 것이기도 하다. 이러한 보호장치로서 장기요양기관은 종사자가 장기요양급여를 제공하는 과정에서 발생할 수 있는 수급자의 상해 등에 대비하여 법률상 배상하여야 하는 손해를 보상하는 보험

307) 재가노인지원서비스센터 담당자와의 인터뷰에 의하면 요양보호사가 수급자 소유의 귀한 그릇을 깨뜨려서 배상책임보험을 통해 손해를 배상한 사례도 존재한다고 한다.

308) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 167면.

309) 수급자는 장기요양기관 또는 장기요양요원의 고의·과실을 입증하거나 장기요양기관이나 장기요양요원의 자력(資力) 유무를 고려하지 않고 손해를 전보 받을 수 있다.

(이하 ‘전문인배상책임보험’)에 가입하여야 하는데 이에 대해서는 아래에서 다룬다.

(가) 불이행 또는 불완전한 이행의 경우

장기요양급여제공계약 관계에서 급여 제공자의 채무불이행 여부를 판단하는 것은 쉽지 않은데, 급여의 질은 객관적으로 평가하기 어려우며, 단순히 급여에 불만이 있다는 사정만으로 그것을 불완전이행이라고 할 수는 없기 때문이다.³¹⁰⁾ 그리고 채무불이행이 인정된다고 하더라도 수급자가 급여 제공자를 상대로 계약상 책임을 물을 수 있는 것은 이행을 강제하거나 불완전한 이행에 대하여 추후보완을 청구하거나 계약을 해지하는 것인데, 장기요양급여제공계약의 특성상 당사자 사이의 신뢰관계가 파괴되면 급여 제공자의 이행을 강제하거나 추후보완이 이루어진다고 해도 이용자의 만족을 얻기 어렵고, 계약해지를 하더라도 수급자는 일상생활에 도움을 필요로 하는 상태에 있기 때문에 궁극적인 해결책이라고도 볼 수 없다.³¹¹⁾ 또한 이행의 정도에 대한 객관적인 기준 설정이 어렵고 구체적인 이행의 양태에 대한 객관적인 입증도 쉽지 않으므로, 불완전한 이행이 발생한다고 하더라도 실제 손해배상소송에서 불완전한 이행에 따른 손해배상책임을 인정받는 것도 용이하지 않다. 뿐만 아니라 장기요양요원은 수급자와 계약관계에 있지 않기 때문에 불이행 또는 불완전한 이행이 수급자의 권리를 침해하여 불법행위에 이른 경우에만 이로 인한 손해배상책임을 지게 된다.

(나) 주의의무 위반의 경우

장기요양요원이 주의의무³¹²⁾를 위반하여 수급자의 신체 또는 재산에 손해를

310) 박정연, 앞의 논문, 260면.

311) 박정연, 앞의 논문, 260면.

312) 장기요양요원에게 요구되는 주의의무의 정도는 응급상황대처 및 응급상황 발견 후의 응급조치 등 의료종사자에게 요구되는 주의의무보다는 낮다고 보아야 하고, 장기요양요원은 일반적인 구급조치를 다하거나 의료기관 등에 신속하게

입힌 경우에는 그에 대해 불법행위로 인한 손해배상의무를 부담한다. ‘장기요양급여 이용 표준약관’(2014. 9. 19. 개정)은 장기요양요원의 고의나 과실로 인하여 수급자를 부상케 하는 등 건강을 상하게 하거나 사망에 이르게 하였을 때, 장기요양요원의 학대(노인복지법 제1조의2 제4호의 노인학대 및 동법 제39조의2의 금지행위를 말한다)로 인하여 수급자의 건강을 상하게 하거나 사망에 이르게 하였을 때를 배상책임 사유로 명시하고 있다{장기요양급여 이용 표준약관(방문요양) 제14조 제1항}.

이와 관련하여 판례상 인정된 주의의무의 내용을 살펴보면, 장기요양요원은 당뇨 등을 앓고 있어 피하출혈이 더 심하게 진행될 수 있는 수급자에 대해 넘어지거나 부딪쳐 부상을 입지 않도록 보다 주의를 기울여 관리를 행함으로써 그 부상을 줄이기 위하여 노력하여야 할 주의의무, 일상적인 요양관리를 행함에 있어 수시로 신체에 이상이 있는지 여부를 주의 깊게 살펴 이상이 있는 경우 의사의 진료를 받도록 하여야 할 주의의무(서울중앙지방법원 2006. 3. 2. 선고 2005나17784 판결³¹³), 수급자의 낙상사고 등 안전사고 방지를 위해 필요한 조치를 취하여야 하고, 사고가 발생한 이후에는 수급자의 상태를 살펴 적절한 치료를 받도록 할 주의의무(인천지방법원 2010. 12. 16. 선고 2010가합2981, 2010가합10564 판결), 기왕증이 심한 고령의 환자에 대해서는 식사 시에도 쉽게 삼킬 수 있는 식사를 제공하거나, 다소 삼키기 어려운 식사를 제공하였다면 식사 중에 도움을 주거나 수발을 할 주의의무³¹⁴(제주지방법원 2012. 9. 14. 선고 2011가단10401 판결)를 부담하고, 위 의무를 위반하여 수급자에게 손해가 발생한 경우 손해배상책임을 지게 될 수 있다.

연락하여야 할 의무 등의 주의의무를 부담한다(방준식, “돌봄사업과 돌봄노동에 관한 법적 과제 - 노인요양서비스를 중심으로-”, 『법학논총』 제29집 제2호, 2012, 39-40면).

³¹³) 장기요양보험법 시행 이전의 판결이기는 하지만 이 판결의 취지는 시설 장기요양기관에서 근무하는 장기요양요원에게도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

³¹⁴) 이러한 주의의무는 시설에서 기왕증이 심한 수급자에게 급여를 제공하는 장기요양요원에게 상당한 업무 부담을 줄 것으로 예상되고, 이러한 사정이 장기요양요원의 인력배치 기준이나 급여비용을 정하는 데에 반영되어야 할 것이다.

(다) 구상권의 제한

장기요양기관은 장기요양요원의 수급자에 대한 가해 행위와 관련하여 이행보조자의 고의, 과실에 대한 채무자의 채무불이행 책임(민법 제391조³¹⁵⁾, 제390조³¹⁶⁾) 또는 불법행위 책임으로서의 사용자책임(민법 제756조 제1항³¹⁷⁾)을 진다. 수급자는 장기요양요원의 귀책사유로 인한 사고 발생 시 장기요양요원보다는 자력이 더 많은 장기요양기관으로부터 손해배상을 받으려고 하는 경우가 많을 것이다. 이에 따라 장기요양기관이 수급자 또는 그 가족에게 손해배상을 한 이후에는 장기요양요원에 대해 구상권을 행사하는 것을 생각해 볼 수 있을 것이나(민법 제756조 제3항), 판례는 “일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사할 수 있다.”(대법원 2014. 5. 29. 선고 2014다202691 판결; 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다25595 판결³¹⁸⁾; 대법

315) 민법 제391조 (이행보조자의 고의, 과실) 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다.

316) 민법 제390조 (채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

317) 민법 제756조(사용자의 배상책임) ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

318) 이 판결의 원심인 부산고등법원 1992. 5. 20. 선고 91나9831 판결에서는 타인을 고용하는 사용자는 ‘위험책임 또는 기업책임’상 피용자에 대한 구상권의 행사가 제한받게 된다고 설시하고 있다(부산고등법원 1992. 5. 20. 선고 91나9831

원 1991. 5. 10. 선고 91다7255 판결 등)라고 하여 신의칙에 따라 구상권 행사를 제한하고 있다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 장기요양기관이 전문인배상책임보험에 가입하도록 하고 있기 때문에 손해는 대부분 위 전문인배상책임보험에 따라 전보될 것으로 생각된다. 하지만 장기요양기관이 아래에서 설명하는 급여기준 고시에도 불구하고 전문인배상책임보험에 가입하지 않거나, 손해액이 전문인배상책임보험계약에서 정한 보장 범위를 초과하는 경우 위의 법률문제가 여전히 남는다.

(라) 전문인배상책임보험에 의한 보장

장기요양기관은 종사자가 장기요양급여를 제공하는 과정에서 발생할 수 있는 수급자의 상해 등에 대비하여 법률상 배상하여야 하는 손해를 보상하는 보험(이하 “전문인배상책임보험”이라고 한다)에 가입하여야 한다. 시설급여기관, 주·야간보호 및 단기보호기관은 퇴소자와 외박자를 제외한 수급자 전원에 대하여 적용되는 전문인 배상책임보험에, 가정방문급여를 제공하는 기관은 급여를 제공하는 종사자를 기준으로 전문인배상책임보험에 각 가입하여야 한다(급여기준 고시 제10조). 그리고 장기요양기관이 수급자 전원에 대하여 전문인배상책임보험에 가입하지 아니한 경우 가정방문급여는 전문인배상책임보험 미가입 종사자가 제공한 급여에 대하여 해당일 급여비용의 90%를 산정하고, 시설급여기관, 주·야간보호 및 단기보호기관이 전문인 배상책임보험에 미가입한 경우 수급자 전원에 대하여 미가입 기간 동안의 급여비용의 90%를 산정하며, 위 시설급여기관 중 치매전담실이 있는 노인요양시설은 전문인 배상책임보험에 가입하지 않은 수급자가 있는 해당일 수급자에 한정하여 금액 산정한다(위 고시 제68조). 이러한 전문인배상책임보험 미가입 시 급여비용 감액 조치는 법상 규정 없이 급여기준 고시에 근거하여 이루어지고 있었는데, 2019. 4. 23. 법률 제16369호로 노인장기요양보험법이 개정되면서 장기요양기관은 전문인배상책임보험에 가입할 수 있고, 공단은 장기요양기관이 전문인배상책임보험에 가입하

판결).

지 않은 경우 그 기간 동안 해당 장기요양기관에 지급하는 장기요양급여비용의 일부를 감액할 수 있다는 내용의 근거조항이 추가되었다(법 제35조의5 제1, 2항).³¹⁹⁾ 종래 장기요양기관의 전문인배상책임보험 미가입 시 급여비용 감액에 관한 내용이 행정규칙인 급여기준 고시에만 규정되어 있어 그 효력에 대한 문제제기가 있었는데 급여비용 감액에 대한 근거조항을 법에 추가하여 이와 같은 문제제기의 여지를 없앴 것이다.³²⁰⁾

319) 이 조항은 2019. 10. 24.부터 시행된다.

320) 국민건강보험공단은 실제로는 배상책임보험에 가입하지 아니한 요양보호사 A, B가 급여를 제공하였음에도 마치 배상책임보험에 가입한 요양보호사 C가 급여를 제공한 것처럼 급여비용을 청구한 장기요양기관에 대해 장기요양급여비용 환수처분을 내렸다. 그러자 장기요양기관 운영자는 노인장기요양보험법에는 장기요양기관이 배상책임보험에 가입하여야 한다는 의무규정이 없으므로 위 환수처분이 법적 근거가 없어 위법하다고 취소소송을 제기하였다. 이 사안에서, 서울행정법원은 법 제39조 제1항은 보건복지부장관으로 하여금 급여종류 및 장기요양등급에 따라 급여비용을 정하여 고시하도록 규정하고, 같은 조 제3항은 구체적인 산정방법 및 항목 등에 관하여 필요한 사항을 보건복지부령으로 정하도록 규정하였으며, 구 시행규칙(2011. 8. 19. 보건복지부령 제74호로 개정되기 전의 것) 제32조는 재가급여 및 시설급여의 세부적인 산정기준은 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 규정하였다고 전제한 후 이에 따라 마련된 ‘장기요양급여비용 등에 관한 고시’(보건복지부 고시 제2011-15호)는 장기 요양기관 종사자가 급여를 제공하는 과정에서 발생할 수 있는 수급자의 상해 등에 대비하여 법률상 배상하여야 하는 손해를 보상하는 보험에 가입하지 아니한 경우, 가입하지 아니한 기간에는 공단 부담금을 감산한다고 규정하면서 가정방문급여의 경우 배상책임보험 미가입 종사자가 제공한 급여에 대하여는 해당 급여비용의 10%를 감산하도록 규정하였는데(이하 “이 사건 규정”이라 한다), 이 사건 규정은 상위법령인 노인장기요양보험법으로부터 급여비용의 산정에 관한 권한을 위임받아 제정된 것이고, 그 내용도 요양기관에 배상책임보험 가입의무를 부과하는 것이 아니라 급여비용 산정 요소로 배상책임보험료를 포함시켜 보험 가입 여부에 따라 급여비용을 달리 산정하는 것에 불과하며, 이는 장기요양보험제도의 취지에도 부합하고, 노인장기요양보험법 제39조의 형식에 비추어 위임 한계를 벗어난 것으로 보이지도 아니하므로, 그 효력을 배척할 수 없다고 하면서 유효라고 판시하였다(서울행정법원 2013. 2. 1. 선고 2012구합12860 판결. 이 판결은 국민건강보험공단이 항소하지 않아 확정되었다). 위 판결에서는 급여기준 고시 제68조가 위임입법의 한계를 일탈하지 않았다고 판단

위와 같은 전문인배상책임보험 관련 규율은 장기요양기관에게 전문인 배상책임보험 가입이 직접적으로 강제되는 것이 아니라 전문인배상책임보험에 가입하지 않는 경우 급여비용을 감액하는 간접적 강제 방식이기 때문에 장기요양요원 보호를 위해서는 충분하지 못한 측면이 있고, 배상책임보험의 최저보상한도와 담보내용을 구체적으로 정하지 않고 있기 때문에 배상책임보험계약의 내용에 따라 보장내용이 달라질 수 있는 문제점이 있다. 따라서 법령으로 장기요양기관에게 전문인배상책임보험 가입 의무를 지우고, 배상책임보험의 최저보상한도와 담보 범위에 대한 기준을 정할 필요가 있다.

(마) 면책사유

장기요양급여 이용 표준약관은 ① 자연사 또는 질환에 의하여 사망하였을 때, ② 장기요양기관이 선량한 주의의무를 다하였음에도 임의로 외출하여 상해를 당했거나 사망하였을 때, ③ 천재지변으로 인하여 상해를 당했거나 사망하였을 때, ④ 수급자의 고의 또는 중과실로 상해를 당했거나 사망하였을 때를 면책사유로 정하고 있다(방문요양, 방문목욕, 방문간호 표준약관 각 제14조 제2항, 시설급여, 주야간보호 표준약관 각 제18조 제2항, 단기보호 표준약관 제20조 제2항).

표준약관에 의한 장기요양급여제공계약 체결이 의무화 되어 있는 것은 아니지만 표준약관에서 들고 있는 면책사유들은 그 내용상 장기요양요원의 귀책사유가 없는 경우에 해당하므로 위와 같은 사유가 존재한다면 장기요양요원의 손해배상책임의 면책사유로 작용할 수 있을 것이다.

하였는데, 급여 제공 과정에서 발생할 수 있는 손해로부터 장기요양요원을 보호하고 장기요양요원과 장기요양기관의 무자력으로 인해 손해의 전보를 받지 못하는 위험으로부터 수급자를 보호하기 위해서 배상책임보험 가입에 관한 사항을 행정규칙인 급여기준 고시가 아니라 법규명령으로 규정하는 것이 바람직한 것이다. 이러한 문제를 입법적으로 해결하고자 법령에 그 근거를 신설한 것으로 판단된다.

(2) 형사책임

장기요양요원이 주의의무를 위반하여 수급자가 상해 또는 사망에 이르게 한 경우 업무상 과실치사상죄 등 형사처벌의 대상이 될 수 있고, 고의적으로 노인에게 상해를 입힌 경우 최대 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금에 처해진다(노인복지법 제55조의2).

업무상 주의의무 위반(과실)과 관련하여, 요양원을 운영하는 자는 치매 증상이 있는 입소자가 임의로 혼자서 밖으로 나가지 않도록 출입상황을 단속할 수 있는 사람을 출입구에 배치하거나 출입문에 피해자가 쉽게 열 수 없는 시정장치를 설치하거나³²¹⁾ 출입 시 경보음이 울리는 장치를 설치하는 등 피해자의 출입을 확인·단속하고 피해자의 안전을 위해 필요한 적절한 조치를 취할 업무상 주의의무를 부담하고, 이 의무 위반으로 인해 입소자가 사망한 경우에는 업무상과실치사의 죄책을 지고(청주지방법원 2013. 12. 13. 선고 2013고단1019 판결³²²⁾), 요양원 운영자와 요양보호사는 치매 노인이 음식물을 제대로 삼키지 못한 채 사례가 들린 듯 기침을 하는 장면을 목격하면 완전히 회복되었는지를 확인하여야 할 주의의무를 부담하는데 단지 등을 몇 번 두드려주고 잠시 기침을 멈추었다는 이유로 식사 현장을 떠나는 등 적절한 조치를 취하지 않아 ‘이물질에 의한 기도폐색’으로 사망에 이르게 한 경우 업무상과실치사죄의 책임을 진다(의정부지방법원 2015. 10. 14. 선고 2014노2767 판결)는 하급심 판결례가 있으므로 장기요양요원은 수급자의 상태에 따라 시설 밖 출입 관리나 식사 과정에서 수급자를 보호할 주의의무를 준수하여야 한다.

그리고 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 장기요양급여를 받거나 다른 사람으로 하여금 장기요양급여를 받게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원

³²¹⁾ 이 판결에서는 시정장치를 설치하는 것을 주의의무의 한 내용으로 들고 있으나 출입문에 수급자가 쉽게 열 수 없는 시정장치를 설치하는 것은 감금죄의 성립이 문제될 수 있고, 위급한 상황 발생 시 수급자의 탈출을 방해할 수 있으므로 적절하지 않다.

³²²⁾ 요양원 설립·운영자에게 금고 6월, 집행유예 1년의 판결이 선고되었다.

이하의 벌금에 처해진다(법 제67조 제2항 제2호). 장기요양요원이 급여를 제공하지 않았음에도 급여를 제공한 것처럼 허위 청구를 하여 급여비용을 편취한 경우에는 위 노인장기요양보험법위반죄와 사기죄의 상상적 경합범이 성립하게 된다.³²³⁾

뿐만 아니라 장기요양요원이 업무상 알게 된 비밀을 누설한 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다(법 제67조 제1항 제5호, 제62조).

3. 장기요양요원에 대한 교육 강화 필요성

가. 보수교육

노인장기요양보험법은 장기요양요원의 보수교육에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있고(제23조 제2항), 대통령령은 보수교육에 대해 아무런 규율을 하고 있지 않다. 다만 급여기준 고시에 보수교육에 대한 내용이 있는데, 방문요양 및 방문목욕 급여를 월 60시간 이상 제공하는 요양보호사가 공단 이사장이 지정하는 교육기관에서 직무교육을 이수한 경우 연 8시간에 한해 방문요양 급여제공 시간으로 인정할 수 있다(급여기준 고시 제11조 제

³²³⁾ 재가장기요양기관인 노인복지센터 소속 요양보호사인 甲이 재가급여를 제공하고 그 내역을 장기요양급여제공기록지에 기재하여 위 복지센터에 제출하면, 위 복지센터는 위 기록지를 근거로 매월 초순경 국민건강보험공단 인터넷 홈페이지에 접속하여 전산으로 장기요양급여 비용을 일괄청구하고 그로 인해 甲은 매월 25일경 위 보험공단으로부터 그 비용을 송금받은 위 복지센터로부터 위 기록지에 근거하여 그 수당을 지급받고 있었는데, 甲이 실제로는 수급자의 주거지를 방문하여 재가급여 서비스를 제공한 사실이 없음에도 마치 정상적으로 제공한 것처럼 국민건강보험공단에 장기요양급여비용을 청구하여, 이를 알지 못한 위 보험공단 장기요양급여 담당자로부터 33,570원을 교부받아 편취한 것을 비롯하여 6회에 걸쳐 도합 201,420원을 교부받아 이를 편취한 사안에서, 울산지방법원은 甲에게 사기죄의 성립을 인정하고 벌금 50만 원을 선고하였다(울산지방법원 2013. 4. 25. 선고 2012고정1399 판결).

3항). 장기요양기관은 해당 기관에서 방문요양 및 방문목욕을 월 60시간 이상 제공하는 요양보호사가 우선적으로 직무교육을 이수할 수 있도록 지원하여야 할 의무가 있고, 직무교육 이수실적은 공단이 실시하는 장기요양기관 급여평가에 반영할 수 있다(급여기준 세부사항 제8조 제1호). 2017년 요양보호사 직무교육 교과목은 ‘노인인권 및 학대예방, 요양보호사의 직업윤리, 성희롱 예방’ 2시간, ‘안전 및 감염관리’ 2시간, ‘노인재활, 욕창관리’ 2시간, ‘치매 알아보기, 제도안내’ 1시간, ‘스트레칭, 근골격계질환 예방’ 1시간으로 구성되었다.³²⁴⁾ 위와 같은 연 8시간의 직무교육은 요양보호사의 전문성을 증대시키기 위한 교육으로는 매우 부족하고, 직무교육의 양적, 질적 강화가 요구된다. 장기요양법령상 보수교육이 의무사항으로 되어 있지 않고 대통령령에서 법이 위임한 보수교육에 대한 사항을 아예 규율하고 있지도 않은 사실은 우리 장기요양제도에서 보수교육을 통해 장기요양요원의 역량을 향상시키고 이를 통해 궁극적으로 수급자에게 제공되는 급여의 질을 향상시키려는 노력이 충분하지 않았다는 것을 보여준다. 사회복지법인 또는 사회복지시설에 종사하는 사회복지사의 경우 연간 8시간 이상의 보수교육이 의무화되어 있고 이를 위반한 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과하며(사회복지사업법 제13조 제2항, 제58조 제2항, 동법 시행규칙 제5조 제3항), 아이돌보미의 경우 보수교육을 연속하여 3회 이상 받지 아니한 경우 여성가족부장관이 3개월간의 자격정지에 처할 수 있게 하고 있는데(아이돌봄 지원법 제32조 제3호, 동법 시행규칙 제16조 별표5), 이에 비추어 보더라도 장기요양요원의 보수교육을 의무화하고 그 교육 내용을 충실화할 필요가 있다.

나. 인권교육

노인장기요양보험법 제32조에 따라 설치한 재가장기요양기관 운영자와 그 종사자는 대면 교육 또는 인터넷 교육을 통하여 매년 4시간 이상의 인권교육

³²⁴⁾ 건강보험공단, “2017년도 요양보호사직무교육 교재”, 2017.

을 받아야 한다(법 제35조의3 제1항³²⁵⁾, 법 시행령 제14조의2, 법 시행규칙 제27조의2 제2항). 국가인권위원회는 2016. 10. 26. 보건복지부장관에게 장기요양기관의 인권교육을 강화할 필요가 있으므로 노인장기요양보험법에 인권교육에 관한 근거규정을 마련할 것을 권고했는데³²⁶⁾, 그로부터 약 1년 6개월 후에 인권교육의 근거조항이 신설된 것이다. 인권교육에는 노인의 인권과 관련된 법령·제도 및 국내외 동향, 장기요양기관에서 발생하는 인권침해 사례, 장기요양기관에서 인권침해가 발생했을 경우의 신고 요령 및 절차, 그 밖에 노인의 인권 보호 및 증진을 위하여 필요하다고 보건복지부장관이 인정하는 사항이 포함되어야 한다(법 시행규칙 제27조의2 제1항).

그리고 법 제32조에 따라 설치된 재가장기요양기관을 운영하는 자는 해당기관을 이용하고 있는 장기요양급여 수급자에게 인권침해가 발생했을 경우의 신고 요령 및 절차에 대한 인권교육을 실시할 수 있다(법 제35조의3 제2항, 법 시행규칙 제27조의2 제3항).

인권교육의 실시 방법, 인권교육기관의 지정 절차 및 교육 경비 등에 필요한 세부적인 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 되어 있다(법 시행규칙 제27조의2 제6항). 이에 따라 2019. 1. 7. 보건복지부고시 제2019-6호로 재가장기요양기관 대상 인권교육 및 교육기관 지정 등에 관한 고시(이하 “인권교육 고시”라고 한다)가 제정되었다. 인권교육 방법에는 집합 교육, 방문 교육, 인터넷 교육이 있는데, 인권교육 고시 제7조 제3항에 따라 법 제37조 제1항 제6호에 따른 노인학대³²⁷⁾가 발생한 인권교육대상기관에 대해서는 방문 교육을 진행

³²⁵⁾ 2018. 3. 13. 법률 제15443호로 법이 개정되면서 제35조의3이 신설되었고, 2018. 9. 14.부터 시행되었다.

³²⁶⁾ 국가인권위원회 보도자료, “노인 복지시설과 장기요양기관 인권교육 강화 제도적 기반 필요”, 2016. 10. 26.

<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=612750> (최종방문일: 2019. 5. 31.)

³²⁷⁾ 장기요양기관의 종사자 등이 수급자의 신체에 폭행을 가하거나 상해를 입히는 행위, 수급자에게 성적 수치심을 주는 성폭행, 성희롱 등의 행위, 자신의 보호·감독을 받는 수급자를 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호 및 치료를 소

한다. 노인학대가 다시 발생하지 않도록 하기 위해 방문 인권교육을 실시하게 한 것이다.

장기요양요원에 의한 수급자의 인권 침해를 방지하기 위해 인권교육은 반드시 필요하며, 충실한 커리큘럼을 통한 철저한 교육이 이루어져야 할 것이다. 법은 재가장기요양기관 운영자 및 종사자에 대해서만 인권교육 의무를 부과하고 있는데, 시설 장기요양기관 운영자 및 그 종사자에 대해서도 인권교육 의무를 확대할 필요가 있다.

다. 소결

사회보장 본래의 목적 달성을 위해서는 급여의 전달에서 대상자의 다양한 욕구를 분석하고 필요한 적절한 급여를 판단할 수 있는 전문성을 확보하는 것이 중요하며, 전문인력을 양성하고 이들을 적극적으로 활용하는 것은 사회보장의 증진을 위한 과제이기도 하다.³²⁸⁾ 장기요양요원의 업무 숙련도가 높지 않게 되지 않는 것은 장기요양요원의 전문성 증진을 위한 지원이 미비한 환경에도 그 원인이 있다. 장기요양요원의 전문성은 장기요양급여의 질과도 직결된다. 장기요양요원의 전문성, 숙련도를 높이고 장기요양요원이 제공하는 급여의 질을 향상시키기 위해서는 장기요양요원의 역량 강화에 실질적으로 도움이 될 수 있는 교육이 이루어져야 할 것인데, 연간 8시간의 보수교육은 지나치게 적을 뿐만 아니라 그마저도 임의적 사항으로 규정되어 있어 강제력이 없다. 장기요양요원의 전문성이 향상되어 수급자에게 더 나은 급여를 제공하면, 장기요양요원에 대한 사회적 인식이 개선되고 장기요양요원에 대한 처우 향상에도 긍정적인 영향을 미칠 것이다. 이러한 역량, 전문성 강화 교육을 개별 장기요양기관이 담당하도록 할 수 없기 때문에 국가, 지방자치단체 또는 공단의 주도

홀히 하는 방임행위, 수급자를 위하여 중여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도에 사용하는 행위, 폭언, 협박, 위협 등으로 수급자의 정신건강에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 한 경우를 의미한다.

³²⁸⁾ 김상균, 앞의 글, 42-43면.

하에 장기요양 관련 전문가, 장기요양요원의 대표자, 수급자의 대표자가 참여하여 장기요양요원 역량 강화 교육 커리큘럼을 작성하고 교육체계를 만들 필요가 있어 보인다. 지방자치단체들의 장기요양요원 처우 개선에 관한 조례들은 대부분 처우개선 사업 중 하나로 ‘장기요양요원의 역량 강화를 위한 교육 및 훈련 사업’을 명시하고 있는데, 지방자치단체들이 이 조례에 근거하여 장기요양요원의 역량 강화를 위한 교육을 적극적으로 지원하는 것도 장기요양요원의 전문성 강화에 기여할 수 있을 것으로 보인다.

그리고 장기요양요원에 의한 수급자의 인권침해를 줄이기 위해서는 장기요양요원에 대한 인권교육이 충실하게 진행되어야 하고, 시설 장기요양기관에서 근무하는 장기요양요원에 대해서도 인권교육을 의무화할 필요성이 있다.

제3절 장기요양요원의 보호

1. 부당한 업무 요구로부터의 보호

앞에서 살펴 본 바와 같이 수급자 및 가족이 장기요양요원에게 업무외행위를 요구하는 일이 많이 발생하고 있는데, 이는 수급자 또는 그 가족의 장기요양요원에 대한 인식이 대신 집안일을 해 주는 사람 수준에 머물러 있고 장기요양요원이 수급자와 장기요양기관 사이의 장기요양급여제공계약에 기하여 장기요양기관이 고용하여 장기요양급여를 제공하도록 한 자격보유 인력이며 수급자 또는 그 가족이 지휘·명령권을 행사할 수 있는 수급자의 근로자가 아니라는 점을 분명하게 인식하고 있지 못한 데에도 원인이 있다. 그리고 개인도 법에서 정하고 있는 물적·인적 요건을 갖추면 자유롭게 장기요양기관을 설립할 수 있도록 하였기 때문에 지나치게 많은 수의 장기요양기관이 난립하여 장기요양기관 간에 수급자의 확보를 위한 과도한 경쟁이 이루어지고 있으며 장기요양기관은 더 많은 수급자들을 모집하기 위하여 수급자 또는 수급자의 가족

에게 급여 외의 업무를 제공하도록 권하는 실정이다.³²⁹⁾ 장기요양요원이 수급자로부터 부당한 업무 요구를 받고 이에 대해 장기요양기관에게 보고 후 조치를 요청하였을 때 장기요양기관이 별도의 조치를 취하지 않거나 부당한 업무를 방조한다면 이를 공단에 신고할 수 있고, 부당한 업무를 수행하고 공단에 급여비용을 청구한 사실이 확인되면 지급한 급여비용의 환수 및 업무정지, 과징금 등 행정처분이 내려질 수 있지만(법 제37조 제1항 제4호, 제37조의2 제1항, 법 시행령 제15조 별표2), 이는 장기요양요원에 대한 부당한 업무 요구를 방지할 수 있는 근본적인 해결책이라고 볼 수 없다.

이러한 상황 하에서 부당한 업무 요구의 발생을 줄이기 위해서는 수급자가 장기요양요원으로부터 급여를 제공 받을 때 업무의 범위에서 벗어난 부당한 요구를 하는 것을 금지하는 조항을 신설하고³³⁰⁾, 장기요양급여의 범위 및 장기요양요원의 역할, 부당한 업무행위 요구 시의 불이익에 대해 수급자 및 보호자에게 충분히 반복적으로 설명(교육)할 필요성이 있다. 보건복지부는 보호자들에게 수급자 가족을 위한 행위 등을 요구하지 못하도록 금지되어 있다는 점을 안내·교육하고 있다고 밝히고 있지만³³¹⁾, 장기요양급여제공계약 시에 서비스의 원칙들을 공지할 의무가 실제로는 잘 작동하지 않는다는 평가가 나오고 있다.³³²⁾

그리고 2018. 11. 11. 노인장기요양보험법의 개정으로 장기요양요원이 수급자 및 그 가족으로부터 급여외행위의 제공을 요구받고 장기요양기관에게 고충의 해소를 요구할 경우 장기요양기관은 업무의 전환 등 대통령령으로 정하는 적절한 조치를 할 의무를 부담하고(법 제35조의4 제1항 제2호)³³³⁾, 장기요양기

329) 윤지영, 앞의 글, 83면.

330) 사회서비스기본법안은 이용자는 종사자에게 사회서비스 표준에서 정한 범위에서 벗어난 부당한 행위를 하여서는 아니 된다고 명시적으로 규정하고 있다(제21조 제3항).

331) 보건복지부, “보도설명자료”, 2018. 9. 10.

332) 허남재·석재은, 앞의 논문, 303면.

333) 이에 대한 자세한 내용은 제3장 제2절 3. 바. 고충의 처리 부분에서 기술하였다.

관의 장은 장기요양요원에게 법 제28조의2의 각 호에 따른 급여외행위³³⁴⁾의 제공을 요구하는 행위, 수급자가 부담하여야 할 본인부담금의 전부 또는 일부를 부담하도록 요구하는 행위를 하여서는 아니 된다(법 제35조의4 제2항).³³⁵⁾ 정당한 사유 없이 위 법 제35조의4 제2항을 위반한 자는 500만 원 이하의 과태료에 처해진다(법 제69조 제1항 제3호의2).³³⁶⁾ 장기요양기관이 소속 근로자인 장기요양요원에게 급여외행위의 제공을 요구할 경우 경제적 종속관계에 있는 장기요양요원이 이를 거부하기 어렵다는 점과 장기요양요원이 수급자로부터 급여외행위의 제공을 요구 받고 장기요양기관에게 이 사실을 알렸을 때 장기요양기관이 장기요양요원에게 급여외행위의 제공을 요구 내지 유도하는 경우가 존재한다는 점을 고려한 타당한 입법으로 생각된다.

또한 장기요양요원에 대해서도 자신을 전문가로 인식하고 정서지원, 인지치료 등을 포함한 전반적인 돌봄을 할 수 있도록 하고, 수급자 및 가족의 부당한 업무 요구에 대해서는 이를 거절할 수 있도록 교육할 필요가 있다.³³⁷⁾

2. 인권 침해로부터의 보호

가. 폭력, 폭언으로부터의 보호

시설급여의 경우 장기요양요원의 생명, 신체를 보호하기 위한 신체제한 조치의 가부에 대해서는 수급자의 보호 부분에서 다룬 바 있다. 재가급여의 경우에는 장기요양보험 관련 법령상 수급자의 폭력 또는 폭언으로부터 장기요양요원을 보호하기 위한 장치는 마련되어 있지 않았다. 그런데 2018. 12. 11. 노인장

³³⁴⁾ 수급자의 가족만을 위한 행위, 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위, 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위가 이에 해당된다.

³³⁵⁾ 사회서비스기본법안에서도 제공자는 사회서비스 표준을 준수하여야 하고 종사자에게 사회서비스 표준에서 정한 범위에서 벗어난 부당한 행위를 강요하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제21조 제2항).

³³⁶⁾ 위 조항들은 2019. 6. 12.부터 시행되었다.

³³⁷⁾ (사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 99면.

기요양보험법이 일부 개정되면서 장기요양요원이 수급자 및 그 가족이 장기요양요원에게 폭언·폭행·상해 행위를 하는 경우로 인한 고충의 해소를 요청하는 경우 장기요양기관이 장기요양요원의 업무의 전환 등 적절한 조치를 할 의무를 부담하도록 하는 조항이 신설되었는데(법 제35조의4 제1항 제1호), 이에 대해서는 제3장 제2절 3. 바. 고충의 처리 부분에서 기술하였다.

앞에서 살펴본 것과 같이 기존의 장기요양요원의 폭력, 폭언에 대한 보호조치가 충분하지 않기 때문에 건강보험공단과 정부는 수급자와 가족의 장기요양요원에 대한 다양한 형태의 폭력행위에 대한 엄중한 처벌과 제재가 이루어지도록 하여야 한다. 장기요양기관은 수급자로부터 장기요양급여신청을 받은 때 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 장기요양급여의 제공을 거부할 수 없는데(법 제35조 제1항), 아래의 감정노동 부분에서 살펴보는 것과 같이 사업주는 고객의 폭언등으로 인하여 고객응대근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 업무의 일시적 중단 또는 전환 등 조치를 하여야 하고(산업안전보건법 제26조의2 제2항, 동법 시행령 제25조의7), 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 발생 시 업무의 일시적 중단 또는 전환 등 조치를 하지 않을 경우 1천만 원 이하의 과태료(산업안전보건법 제75조 제4항 제1호의2)에 처해지는데 위 산업안전보건법법령상의 규정에 따라 수급자의 폭언등으로 장기요양요원에게 건강장해가 발생한 경우에는 노인장기요양보험법 제35조 제1항의 급여 제공 거부의 정당한 사유가 있는 것으로 해석하여 급여제공을 일시적으로 중단하는 것이 가능하다고 생각된다. 그리고 수급자의 폭언등으로 장기요양요원에게 건강장해가 발생하지 않았더라도 수급자가 폭력·폭행, 앞에서 본 성희롱을 악의적으로 반복하는 경우 장기요양기관이 급여 제공을 중단할 수 있는 정당한 사유에 해당한다고 명시하는 것을 검토해 볼 수 있다. 수급자의 장기요양급여 수급권 자체를 박탈하거나 제한할 수는 없지만 장기요양기관이 문제 행위를 반복하는 수급자에게 급여 제공을 일시적으로 중단할 수 있게 한다면 수급자에게 미치는 효과가 작지 않을 것이다. 다만 수급자의 수급권 자체에 대한 박탈에는 이르지 않더라도 수급자에 대한 급여 제공을 중단할 경

우 수급자의 건강과 생활안정에 막대한 지장을 초래할 수 있으므로 특히 의사 능력이 없거나 부족한 시설 수급자, 따로 돌봄을 제공할 가족이나 친지가 없는 수급자에 대한 급여 제공 중단의 허용 문제는 신중하게 판단되어야 한다. 수급자의 행위가 폭행, 상해, 성폭력 등 형사범죄에 해당한다면 그에 따라 처벌이 이루어져야 함은 물론이다.

그리고 폭력행위 발생을 막기 위해 수급자 및 그 가족에게 적극적으로 교육과 홍보를 하여야 한다. 노인돌봄서비스의 경우 이용자의 권리와 의무, 노인돌봄의 권리와 의무를 기재하고 이를 확인하였다는 의미로 이용자와 노인돌봄, 제공기관이 노인돌봄서비스 상호협력 동의서를 작성하게 하고 있는데³³⁸⁾, 이용자에 대한 교육의 측면에서 이와 같은 장치의 도입도 고려해볼 만하다. 또한 이러한 사건이 발생할 경우 요양보호사가 고용상 불이익에 대한 염려 없이 자신의 인권을 보호하고 주장할 수 있는 신고체계를 마련하여야 한다. 또한 시설의 경우 입소자와 그 가족의 부당행위에 대해 유형별 양상과 그 원인을 파악하여 이를 예방하기 위한 방안과 부당행위에 대한 시설 내 내규를 마련하고, 직원 및 이용자 교육을 통해 보다 적극적으로 대처하는 노력이 필요하다.³³⁹⁾ 보건복지부는 2006년 말부터 ‘노인복지시설 인권보호 및 안전관리지침’을 작성하여 노인복지시설에 거주하는 노인의 인권 침해 유형과 대응 방안에 대해 구체적으로 제시하고 있는데³⁴⁰⁾, 시설 및 재가 장기요양요원의 인권을 보호하기 위한 지침도 마련하여 시행할 필요성이 있다.

미국에서는 2004. 8. 17. 캔자스 주 존슨 카운티 정신건강센터의 사회복지사인 테리 제너(Teri Zenner)가 가정방문 중에 고객에게 피살되는 사건이 발생한 후 사회복지사의 안전 보호 문제가 이슈화 되었고 위 사회복지사의 이름을 딴 테리 제너 사회복지사 안전보호법안(Teri Zenner Social Worker Safety Act)이 연방의회에 제출되었는데 그 내용은 아래와 같다.³⁴¹⁾ 폭력, 약물중독 또는 다

338) 보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019, 268-269면.

339) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 167면.

340) 보건복지부 요양보험운영과, “노인복지시설 인권보호 및 안전관리지침”, 2017.

341) <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/2165> (최종방문일: 2019. 7. 20.)

른 위험한 환경에서 일하는 사회복지사와 다른 전문가들을 보호하기 위한 안전조치를 지원하기 위해 주(州)에 보조금을 지원하는 제도를 설립하고, 이러한 보조금을 ① GPS 추적장치, GPS 휴대전화와 같은 통신수단을 포함한 기관에서 요원의 위치를 확인하는 데 도움이 되는 안전장비의 구입 및 설치, 기술적 지원과 훈련, ② 자기 방어와 위기 관리를 위한 훈련, ③ 시설 안전 개선조치, ④ 자기 방어를 위한 페퍼 스프레이의 지급, ⑤ 언어 훈련을 비롯한 문화적 역량에 관한 훈련과 급변할 수 있는 상황의 탈피 전략에 대한 훈련, ⑥ 정신질환자 또는 행동장애가 있고 대처가 필요한 집단과 일하는 근로자를 돕기 위한 훈련, ⑦ 기타 장관이 결정한 안전 훈련에 관한 활동에 사용할 수 있게 하는 내용을 담고 있다. 장기요양요원이 수급자로부터 당하는 폭력에 대해 구체적인 입법조치를 검토함에 있어 위 테리 제너 사회복지사 안전보호법안의 내용을 참조할 만하다.

나. 성희롱으로부터의 보호

앞의 장기요양요원의 실태 부분에서 살펴보았듯이 장기요양요원에 대한 수급자 또는 그 가족에 의한 성희롱이 빈발하고 있다. 이로부터 장기요양요원을 보호하기 위한 조치들에는 어떤 것이 있는지 검토해 볼 필요가 있다.

우선 ‘직장 내 성희롱’이란 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것을 의미하는데{남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 ‘남녀고용평등법’) 제2조 제2호}, 수급자가 장기요양요원을 성희롱 한 경우 수급자는 사업주·상급자 또는 근로자에 해당하지 않으므로 남녀고용평등법상 직장 내 성희롱에는 해당하지 않는다.

그런데 남녀고용평등법은 고객 등에 의한 성희롱에 대해 제14조의2(고객 등

에 의한 성희롱 방지)에서, 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 하고(제1항), 근로자가 위와 같은 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(제2항)고 정하고 있다.

장기요양기관은 장기요양요원이 수급자로부터 성적 굴욕감 또는 혐오감을 주는 언동을 당하였을 경우 근무장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 할 의무를 지고, 이러한 피해를 주장한다고 하여 장기요양요원에게 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다. 위 제14조의2 제1항을 위반하여 근무장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하지 아니한 경우에는 300만 원 이하의 과태료에 처해지고(남녀고용평등법 제39조 제3항 제1의2호), 제2항을 위반하여 근로자가 고객 등에 의한 성희롱 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 한 경우에는 500만 원 이하의 과태료에 처해진다(남녀고용평등법 제39조 제2항 제2호).³⁴²⁾

현실적으로 성희롱이 발생하였을 때에 장기요양요원이 이를 수급자의 보호자에게 이야기하면 자신의 집에서 그런 일이 일어났다고 언급되는 것을 불편해하고 장기요양기관을 아예 바꾸거나 장기요양기관에게 장기요양요원의 교체를 요구하고, 이를 장기요양기관에게 이야기하면 요령 있게 잘 피해가면서 일하려고 하며, 한 시설에서는 성희롱을 당한 요양보호사에게 남자 어르신 앞에서 어

342) 이는 직장 내 성희롱 발생사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 불리한 처우를 한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 것(동법 제37조 제2항 제2호)과 균형이 맞지 않으며 직장 내 성희롱으로부터 근로자를 보호할 필요성과 고객에 의한 성희롱으로부터 근로자를 보호해야 할 필요성이 다르다고 할 수 없기 때문에 과태료만 부과한 것은 타당하지 않다.

떻게 했기에 점잖으신 분이 그렇게 했느냐며 장기요양요원의 급여 제공의 자세를 거론한 사례까지 발생하고 있다.³⁴³⁾ 서울시 실태조사에서도 성희롱 등이 발생할 경우 대처방식에 대해 응답자의 절대 다수인 70.9%가 참고 넘어간다고 답했고, 장기요양기관 차원에서 대응해 줄 것을 요구했다는 응답은 18.9%였으며, 자신이 직접 수급자나 그 보호자에게 시정을 요구했다는 응답은 7.1%에 불과했다.³⁴⁴⁾ 장기요양기관 간 경쟁이 치열하고 수급자가 장기요양기관을 교체하는 것이 용이하기 때문에 성희롱이 발생하더라도 장기요양기관이 장기요양요원을 보호해 주지 못하고 있는 것이다. 또한 장기요양요원도 성희롱 문제에 대한 정보나 대처방법 등에 관한 교육을 받지 않은 상태에서 시간에 쫓기면서 일에 집중하다가 갑자기 성희롱을 당하게 되면 이를 대처할 방법이 없고 이에 대한 증거를 남기기도 어렵다는 점이 문제로 지적되고 있다.³⁴⁵⁾

따라서 남녀고용평등법상 조치 이외에 수급자에 의하여 장기요양요원에 대한 성희롱이나 폭력이 발생하였을 경우의 ‘제도적’ 대응책을 검토할 필요성이 있다.³⁴⁶⁾ 사회서비스기본법안에서는 종사자에게 사회서비스 표준에서 정한 범위에서 벗어난 부당한 요구를 하거나 폭언, 폭행, 성폭력 또는 성적 수치심을 주는 성희롱 등에 해당하는 행위를 한 이용자에 대해서는 보건복지부장관, 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장이 사회서비스 제공의 중단 등 적절한 조치를 취할 수 있다고 정하고 있다(제21조 제6항). 다만 수급자는 돌봄을 필요로 하는 취약성을 가지고 있어 장기요양급여의 제공이 제한될 경우 건강과 생활유지에 큰 어려움을 겪을 수 있고, 수급자의 정신건강상 문제로 이러한 문제행동을 하는 경우도 있으므로 대응책의 마련은 신중하게 이루어져야 할 것이다.

그리고 앞서 사례에서 보았듯이 장기요양요원들이 교육의 부족으로 성희롱에 제대로 대처하지 못하는 일이 발생하지 않게 장기요양요원들에게 성희롱에 대

343) 이건복, 앞의 글, 18면.

344) (사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 77면.

345) 이건복, 앞의 글, 18면.

346) 권나경·양난주, 앞의 논문, 162면.

한 대처방법 등이 포함된 적극적이고 정기적인 예방교육을 실시하고, 피해 장기요양요원을 대상으로 즉각적이고도 지속적인 상담 및 보호조치를 취하며, 수급자 및 그 가족들을 상대로 사전 성희롱 예방교육을 적극적으로 실시하는 것이 요구된다.³⁴⁷⁾

한편, 2018. 12. 11. 노인장기요양보험법이 일부 개정되면서 장기요양요원이 수급자 및 그 가족이 장기요양요원에게 성희롱·성폭력 행위를 하는 경우로 인한 고충의 해소를 요청하는 경우 장기요양기관이 장기요양요원의 업무의 전환 등 적절한 조치를 할 의무를 부담하도록 하는 조항이 신설되었는데(법 제35조의4 제1항 제1호), 이에 대해서는 제3장 제2절 3. 바. 고충의 처리 부분에서 기술하였다.

다. 감정노동의 보호

앞에서 살펴본 부당한 업무 요구, 폭력, 폭언, 성희롱은 장기요양요원이 감정노동을 하는 상황 중의 하나라고도 볼 수 있다. 그럼에도 장기요양요원의 감정노동을 별도의 항으로 다루는 이유는 부당한 업무 요구, 성희롱, 폭력, 폭언에는 해당하지 않더라도 장기요양요원의 노동이 감정노동으로서 보호 받아야 하는 상황이 존재하고, 감정노동자를 보호하기 위한 관련 법령상의 별도의 보호조치에 대해서 검토할 필요성이 있기 때문이다.

먼저 감정노동의 정의를 살펴보면, 감정노동이란 “말투나 표정, 몸짓 등 드러나는 감정표현을 직무의 한 부분으로 연기하기 위해 자신의 감정을 억누르고 통제하는 일이 수반되는 노동”을 말하며, 주로 고객, 환자, 승객, 학생 및 민원인 등을 직접 대면하거나 음성대화매체 등을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 고객응대업무 과정에서 발생한다.³⁴⁸⁾ 서울시 공공부문 감정노동 보호를 위한 가이드라인 제3조에서는 감정노동이란 직업상

³⁴⁷⁾ 전찬희, 앞의 논문, 240면.

³⁴⁸⁾ 고용노동부, 『감정노동 종사자 건강보호 핸드북』, 한국산업안전공단, 2017, 4면.

고객을 대할 때 자신의 감정이 좋거나, 슬프거나, 화나는 상황이 있더라도 기관에서 요구하는 감정과 표현을 고객에게 보여주는 등 고객응대 업무를 하는 노동을 말한다고 정의하고 있다.

즉 감정노동이란 서비스 이용자와의 상호작용에서 나타나는 긍정적인 감정표현의 노력, 부정적인 감정에 대한 관리와 통제가 필요한 노동을 의미한다.³⁴⁹⁾ 그리고 위 서울시 가이드라인에서 명시하고 있는 것과 같이 감정 상태와 감정적인 표현을 억누르고 통제하는 일이 ‘기관의 요구’ 즉 ‘사용자의 요구’에 의해 일어나야만 감정노동에 해당한다. 감정노동은 감정의 통제가 사용자의 지휘·명령에 따라 이루어지는 종속노동의 맥락에서 문제되는 것이다.³⁵⁰⁾

장기요양요원의 노동은 육체노동이면서 감정노동의 성격을 겸한다. 돌봄노동은 다른 노동과는 달리 돌봄을 제공 받고 제공하는 사람 사이의 관계가 중요한 노동이고, 수급자들의 욕구를 잘 파악하고 관계를 긍정적으로 만들어가기 위한 서비스 노동자들의 감정관리가 필요한 감정노동이며³⁵¹⁾ 돌봄은 독립적으로 일상생활을 영위하기 어렵거나 스스로 생활할 능력이 없는 사람들에게 여러 가지 보살핌을 제공하는 것으로 생물학적 욕구를 충족시키는 것뿐만 아니라 사회적·정서적 욕구 충족행위이기도 하므로³⁵²⁾, 이용자의 정서적 욕구를 충족시키는 돌봄노동은 감정노동의 성격을 가지게 된다. 돌봄노동자는 돌봄수혜자를 만날 때 상호관계에서 발생하는 부정적이고 복합적인 감정을 제어하고 급여 제공자로서의 자신의 지위를 잊지 않도록 교육을 받게 되고³⁵³⁾, 수급자와

³⁴⁹⁾ 김송이, 앞의 논문, 108-109면.

³⁵⁰⁾ 이에 대해 방강수 박사는 감정노동자의 감정은 사용자의 사업 목적 달성을 위한 타인(사용자)을 위한 감정임에 비해 근로자가 아닌 독립사업자의 감정은 노무제공자 자신의 경제적 이익을 위한 것으로 자기를 위한 감정에 해당하고, 따라서 이러한 노무제공자의 감정과 노동법이 보호하고자 하는 감정노동에서의 감정은 구별되어야 한다고 보고 있다(방강수, “감정노동자의 법적 보호”, 한양대학교 박사학위논문, 2019, 32면).

³⁵¹⁾ 김송이, 앞의 논문, 107면.

³⁵²⁾ 권나경·양난주, 앞의 논문, 143면.

³⁵³⁾ 손기영 외, 『노인 돌봄 근로자 처우개선 방안 연구』, 노사발전재단·경기비정규직지원센터, 2018, 15면.

의 관계에서 항상 친절한 마음과 미소로 그들을 돌봐야 하기 때문에 장기요양 요원들은 자신들의 희로애락을 조절하고 통제해야만 한다.³⁵⁴⁾ 실제 한 조사에서 요양보호사들은 일하면서 가장 힘든 부분이 항상 친절하게 기쁜 마음으로 노인들을 돌보고 자신의 욕구보다는 그들의 욕구에 따라 움직여야 한다는 것이라고 진술하기도 하였다.³⁵⁵⁾ 다만 대부분의 감정노동은 고객과 근로자 사이에 장기적인 관계가 형성되지 않는 일시적 성격을 가지지만, 돌봄노동은 관계가 지속적으로 발전하는 경향을 보인다는 점에서 일반적인 감정노동과 차이가 있으며, 이러한 지속적 관계성이라는 특징은 무상의 돌봄노동 뿐만 아니라 금전적 대가를 지급 받는 돌봄노동에서도 동일하게 나타난다.³⁵⁶⁾ 이러한 돌봄노동의 지속적 특징으로 인해 수급자(고객)로부터 장기요양요원이 받는 피해는 반복적으로 누적될 수 있으므로, 장기요양요원을 수급자의 괴롭힘으로부터 보호하는 것은 중요한 의미를 지닌다.

감정노동의 보호에 대해서는 산업안전보건법령에서 규율하고 있는데, 산업안전보건법 제5조는 사용자에게 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 의무를 부과하고 있다.³⁵⁷⁾ 그리고 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조(직무스트레스에 의한 건강장해 예방 조치)는 사업주는 근로자가 신체적 피로와 정신적 스트레스 등이 높은 작업을 하는 경우에 법 제5조 제1항에 따라 직무스트레스로 인한

354) 김송이, 앞의 논문, 124면.

355) 김송이, 앞의 논문, 113면.

356) Susan Himmelheit, “Caring Labor”, 『THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY』 561, January 1999, p.27.

357) 제5조 (사업주 등의 의무) ① 사업주는 다음 각 호의 사항을 이행함으로써 근로자의 안전과 건강을 유지·증진시키는 한편, 국가의 산업재해 예방정책에 따라야 한다.

1. 이 법과 이 법에 따른 명령으로 정하는 산업재해 예방을 위한 기준을 지킬 것
2. 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 것
3. 해당 사업장의 안전·보건에 관한 정보를 근로자에게 제공할 것

건강장해 예방을 위하여 여러 조치³⁵⁸⁾를 하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 위와 같은 사업주의 조치의무만으로는 고객에 의한 폭언 등 인격권 침해로부터 감정노동자를 보호하기에 충분하지 않으므로, 2018. 4. 17. 법률 제 15588호로 일부개정 된 산업안전보건법은 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치, 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 발생 등에 대한 조치, 불리한 처우 금지를 규정하면서 감정노동의 사전·사후 보호조치를 모두 담고 있다. 사업주는 주로 고객을 직접 대면하거나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 따른 정보통신망을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 근로자(이하 “고객응대근로자”)에 대하여 고객의 폭언, 폭행, 그 밖에 적정 범위를 벗어난 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위(이하 “폭언등”)로 인한 건강장해를 예방하기 위하여 ① 폭언등을 하지 아니하도록 요청하는 문구 게시 또는 음성 안내, ② 고객과의 문제 상황 발생 시 대처 방법 등을 포함하는 고객응대업무 매뉴얼 마련, ③ 위 고객응대업무 매뉴얼의 내용 및 건강장해 예방 관련 교육 실시, ④ 그 밖에 고객응대근로자의 건강장해 예방을 위하여 필요한 조치를 하여야 한다(산업안전보건법 제26조의2 제1항, 동법 시행규칙 제26조의2). 그리고 사업주는 고객의 폭언등으로 인하여 고객응대근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 ① 업무의 일시적 중단 또는 전환, ② 근로기준법 제54조 제1항에 따른 휴게시간의 연장³⁵⁹⁾, ③ 폭언등으로 인한 건강장해 관련 치료 및 상담 지원, ④ 관할

³⁵⁸⁾ 조치의 내용으로는 ① 작업환경·작업내용·근로시간 등 직무스트레스 요인에 대하여 평가하고 근로시간 단축, 장·단기 순환작업 등의 개선대책을 마련하여 시행할 것, ② 작업량·작업일정 등 작업계획 수립 시 해당 근로자의 의견을 반영할 것, ③ 작업과 휴식을 적절하게 배분하는 등 근로시간과 관련된 근로조건을 개선할 것, ④ 근로시간 외의 근로자 활동에 대한 복지 차원의 지원에 최선을 다할 것, ⑤ 건강진단 결과, 상담자료 등을 참고하여 적절하게 근로자를 배치하고 직무스트레스 요인, 건강문제 발생가능성 및 대책 등에 대하여 해당 근로자에게 충분히 설명할 것, ⑥ 뇌혈관 및 심장질환 발병위험도를 평가하여 금연, 고혈압 관리 등 건강증진 프로그램을 시행할 것 등이 있다.

³⁵⁹⁾ 이는 감정노동자의 스트레스를 즉각적으로 치유할 수 있도록 심리적 안정을

수사기관 또는 법원에 증거물·증거서류를 제출하는 등 고객응대근로자 등이 폭언등으로 인하여 고소, 고발 또는 손해배상 청구 등을 하는 데 필요한 지원 조치를 하여야 한다(산업안전보건법 제26조의2 제2항, 동법 시행령 제25조의7). 그리고 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 발생 시 업무의 일시적 중단 또는 전환, 휴게시간의 연장 등 조치를 하지 않을 경우 1천만 원 이하의 과태료(산업안전보건법 제75조 제4항 제1호의2), 고객응대근로자의 건강장해 발생에 대한 조치 요구를 이유로 한 해고, 그 밖에 불리한 처우를 한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 제재규정(동법 제68조 제2호의2, 제26조의2 제3항)도 마련해 실효성을 높이고자 했다.

장기요양요원은 주로 고객을 대면하여 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 고객응대근로자에 해당하므로 이들에게 산업안전보건법상 감정노동 보호 관련 조항이 적용된다. 따라서 장기요양기관은 산업안전보건법에 따라 장기요양요원이 수급자의 폭언등으로 인한 건강장해를 입지 않도록 예방하는 조치, 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우 급여 제공 업무의 중단 등 필요한 조치를 취하여야 하고³⁶⁰⁾, 장기요양요원의 이러한 조치 요구를 이유로 해고, 업무에서의 배제 등 불이익한 처우를 하여서는 아니 된다. 그리고 사용자는 근로자에 대해 안전배려의무를 부담하므로, 산업안전보건법에 안전보건조치에 관한 규정이 없는 경우에는 사용자의 안전배려의무에 근거하여 장기요양요원의 안전과 건강을 보호할 필요성이 있다.³⁶¹⁾

3. 수급자에 대한 인권교육의 필요성

취할 수 있는 시간을 부여하라는 취지이다(방강수, 앞의 논문, 217면). 방강수 박사는 이 시간은 사용자의 보호조치가 필요한 시간이고, 감정노동자가 업무수행 중에 발생한 위험 때문에 보장되는 것이므로 유급으로 처리되어야 한다고 보고 있는데(방강수, 앞의 논문, 218면), 이에 대해 찬동한다.

³⁶⁰⁾ 사용자가 산업안전보건법 제26조의2 제1항에 따른 조치 의무를 이행하지 않을 경우 이에 대해 근로자가 사용자에게 이행할 수 있다는 견해로는 방강수, 앞의 논문, 19면 참조.

³⁶¹⁾ 방강수, 앞의 논문, 247면.

법 제35조의3 및 동법 시행령 제14조의2는 재가장기요양기관의 설치·운영자, 재가 장기요양요원에 대해 인권에 관한 교육을 받을 의무를 부여하고, 해당 재가장기요양기관을 이용하고 있는 수급자에게 인권교육을 실시할 수 있다고 규정하여, 수급자에 대한 인권교육 실시 여부에 대한 결정을 재가장기요양기관의 재량에 맡기고 있다. 그리고 동법 시행규칙 제27조의2 제3항에서는 재가장기요양기관 설치·운영자는 해당 기관을 이용하고 있는 수급자에게 장기요양기관에서 인권침해가 발생했을 경우의 신고 요령 및 절차를 교육할 수 있다고 규정하고 있는데, 수급자에 대한 인권교육의 내용이 수급자가 인권침해를 당한 경우의 신고 요령 및 절차에 한정되는지가 문제된다. 노인장기요양보험법은 인권교육의 내용에 대해 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있는데(법 제35조의3 제5항), 법 제35조의2 제2항은 수급자에게 인권교육을 실시할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 인권교육의 내용을 장기요양기관, 장기요양요원의 수급자에 대한 인권침해에 관련된 것으로 한정하고 있지 않으므로 법 시행규칙 제27조의2 제3항을 수급자의 장기요양요원에 대한 인권침해에 대한 교육을 배제하는 것으로 해석한다면 이는 법 제35조의3 제2항의 인권교육의 범위를 지나치게 좁히는 것이다. 이와 같은 논란을 없애기 위해 법 시행규칙 제27조의2 제3항에 수급자가 장기요양요원에 대해 인권침해를 가하는 경우에 관한 인권교육을 할 수 있도록 명시적으로 규율할 필요성이 있다. 그리고 수급자의 장기요양요원에 대한 성희롱, 폭언, 폭행, 괴롭힘 등을 줄이기 위해 수급자에 대해서도 인권교육 실시를 의무화하거나(이 경우 각 장기요양기관이 교육을 하기보다는 공단이나 지방자치단체 차원에서 교육을 실시하게 하는 것이 효과적일 것이라고 생각된다), 적어도 성희롱, 폭력, 폭언, 괴롭힘 등의 문제를 일으키는 수급자에 대해서는 장기요양요원 인권침해가 재발되지 않도록 인권교육 실시를 강화할 필요가 있다.

제5장 사회보장전달체계의 전달자로서의 장기요양요원

사회보험에서 가입자는 사회적 위험이 발생하면 보험자에게 급여를 청구할 수 있고, 가입자에게 급여를 제공할 궁극적인 책임을 지는 것은 국가이다. 국가는 궁극적인 책임의 귀속주체로서 급여 제공자를 관리·감독하고, 다양한 법 형식을 통해 제공자를 규제함으로써 공공성을 확보하는 역할을 수행한다.³⁶²⁾ 국가와 지방자치단체는 모든 국민이 쉽게 이용할 수 있고 사회보장급여가 적시에 제공되도록 지역적·기능적으로 균형 잡힌 사회보장전달체계를 구축하여야 할 의무를 지는데(사회보장기본법 제29조 제1항), 장기요양요원은 사회보장전달체계에서 노인장기요양보험법에 의한 급여를 직접적으로 수급자에게 제공하는 급여 전달자의 역할을 담당한다.

이 장에서는 먼저 장기요양전달체계 내에서 국가가 여러 가지 규제를 함으로써 장기요양요원의 근로조건에 실질적인 영향력을 행사하고 있다는 점을 인건비 지출비율, 처우개선비, 장기근속장려금, 인력배치비율 등을 통해 살펴보고, 이러한 국가의 책임과 영향력에 비추어 볼 때 행정입법에 대한 통제가 필요하며, 영세한 장기요양기관의 난립과 장기요양요원의 처우 저하, 그리고 이로 인한 장기요양급여의 질 관리의 어려움이라는 문제를 해결하기 위해서는 장기요양보험의 공공성 강화가 필요하다는 점을 다룬다(제1절). 그리고 국가와 함께 사회보장전달체계 구축의무를 부담하는 지방자치단체의 조례를 통한 장기요양요원에 대한 규율에 대해 살펴보고 장기요양요원지원센터의 현황 및 과제를 분석한 후(제2절), 사회보장전달체계의 정책결정 과정에 장기요양요원의 목소리가 반영되게 하여 장기요양요원의 권익을 보장하고 결국 장기요양제도가 지속가능하게 발전하도록 하기 위해 장기요양요원의 사회보장행정 참여권을 보장하는 방안에 대해서 살펴본다(제3절).

³⁶²⁾ 박정연, 앞의 논문, 211면.

제1절 국가와의 관계

1. 장기요양요원에게 국가가 미치는 영향

가. 국가의 책임과 영향력

장기요양보험사업의 보험자는 공단이지만(법 제7조 제2항), 장기요양급여 제공의 궁극적 책임을 지는 것은 국가이다. 국가는 제도 설계와 규제를 통해 장기요양제도의 운영에 대한 공적인 책임을 부담하며, 장기요양요원의 근로조건 및 근로환경에 큰 영향을 미친다. 장기요양요원의 근로조건과 처우는 원칙적으로 근로기준법 등 개별적 근로관계를 규율하는 법령과 사용자인 장기요양기관과 장기요양요원 사이의 근로계약의 내용에 따라 규율되어야 함에도, 국가가 급여비용 중 최저 인건비 지출 비율을 정하고 인력배치기준을 정하는 데에서 국가가 장기요양요원의 근로조건과 처우에 대해 실질적인 영향력을 미치고 있다는 것을 알 수 있다. 장기요양기관이 장기요양요원에게 지급하는 임금 역시 사실상 보건복지부가 책정하는 급여비용의 범위를 벗어날 수 없고, 사용자인 장기요양기관이 장기요양요원의 근로조건과 관련하여 결정할 수 있는 범위에는 한계가 있고 그 한계는 바로 국가가 설정한다. 국가는 장기요양보험제도 전체를 운영하는 견지에서 장기요양요원의 권리를 좁게 보호하는 정책을 취할 수도 있고, 두텁게 보호하는 정책을 선택할 수도 있는 것이다. 즉 국가는 장기요양요원의 근로조건 및 근로환경의 형성에 실질적인 영향력을 가지고 있으며, 이는 국가가 장기요양급여의 사실상의 공급자로서의 역할과 위상을 가지고 있다는 데에서 기인한다.³⁶³⁾ 급여기준 고시는 “장기요양기관은 급여비용에 포함되어 있는 최저임금과 요양보호사의 처우개선을 고려한 인상분을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있는데(제11조 제1항), 이는 장기요양요원에게 지급되는

³⁶³⁾ 구미영, 앞의 글, 26면.

임금의 최저기준 및 처우개선을 위한 인상분을 국가가 결정하고 있다는 사실을 잘 보여준다.

그리고 노인장기요양보험법은 국가 및 지방자치단체는 장기요양요원의 처우를 개선하고 복지를 증진하며 지위를 향상시키기 위하여 적극적으로 노력하여야 한다고 정하고 있다(법 제4조 제5항). 이는 2016. 5. 29. 신설된 조항이다. 노인장기요양보험법이 시행된 이래 장기요양기관의 양적 확대에 따라 장기요양요원의 수도 증가하였지만, 이들의 처우, 복지, 지위가 열악하였다는 반성적 고려에서 추가된 조항이라고 생각된다. 즉 국가는 장기요양요원의 처우에 대한 실질적 영향력을 가지고 있을 뿐만 아니라 장기요양요원의 처우 개선, 복지 증진, 지위 향상을 위해 적극적으로 영향력을 행사할 의무를 진다. 이하에서는 국가가 장기요양요원에게 미치는 영향에 대해 구체적으로 살펴본다.

나. 관련 법령을 통한 근로조건의 규율

근로기준법이 아닌 다른 법령을 통해 장기요양요원의 근로조건을 규율하고 있는 아래의 사안들은 국가가 장기요양요원의 근로조건에 미치는 영향력을 잘 보여준다.

(1) 인건비 지출비율 준수

(가) 노인장기요양법령상 규율 내용

장기요양기관은 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율에 따라 그 일부를 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하여야 한다(법 제38조 제6항). 이 조항은 장기요양요원의 처우 개선을 위하여 2016. 5. 29. 신설된 것이다. 급여기준 고시 제11조의2 제1항에 따른 인건비 지출비율은 아래 표와 같다.

[표 2] 인건비 지출비율³⁶⁴⁾

구분	장기요양요원	인건비 지출비율(%)
노인요양시설	간호(조무)사 물리(작업)치료사 사회복지사 요양보호사	60.2
노인요양공동생활가정	간호(조무)사 물리(작업)치료사 사회복지사 요양보호사	64.7
주야간 보호	간호(조무)사 물리(작업)치료사 사회복지사 요양보호사	48.0
단기보호	간호(조무)사 물리(작업)치료사 사회복지사 요양보호사	58.3
방문요양	요양보호사 사회복지사	86.4
방문목욕	요양보호사	49.1
방문간호	간호(조무)사 치과위생사	59.0

위 고시에 의하면 법 제38조 제4항의 ‘장기요양급여비용’은 공단이 심사하여 지급하기로 결정한 공단부담금과 본인부담금의 합계를 의미하고, 법 제38조 제1항의 ‘인건비’는 모든 장기요양요원에게 지급된 기본급여, 수당 등을 포함한 일체의 임금, 장기근속장려금 및 사회보험 기관부담금 및 퇴직적립금을 포함하는 개념이다(제11조의2 제2, 3항).

인건비 지출비율은 1년간(1. 1.부터 12. 31.까지) 제공된 급여에 대해서 장기요양기관이 장기요양요원에게 지급한 ‘인건비’가 ‘장기요양급여비용’에서 차지

³⁶⁴⁾ 방문요양, 방문목욕을 제외한 나머지 영역에 대해 2018년 인건비 지출비율보다 지출비율이 소폭(0.2% ~ 1.4%) 인상되었다.

하는 비율을 말하고, 계산결과 소수점 둘째자리에서 반올림하여 산정한다(위 고시 제11조의2 제4항). 장기요양기관의 장은 매월 급여비용 청구 시 전월 장기요양요원의 인건비 지출내역을 전자문서교환방식으로 공단에 제출하여야 한다(위 고시 제11조의3 제1항).

위와 같은 인건비 지출비율에 대해서는 ‘인건비’의 범위에 간접인건비까지 포함되어 있기 때문에 임금의 최저기준을 바로 확인할 수 있도록 직접인건비 비율을 별도로 규정해야 하고, 인건비 지출비율을 1년간 장기요양급여비용 대비 1년간 인건비 비율로 계산하기 때문에 장기요양요원들이 시간당 급여비용 대비 인건비 비율에 맞게 임금을 받았는지를 확인할 수 없다는 비판이 제기되고 있다.³⁶⁵⁾ 위 법 제38조 제4항은 장기요양기관이 사용자로서 근로자인 장기요양요원의 임금을 결정해 왔는데 장기요양기관이 이와 같이 제한 없이 임금을 정하는 것을 방치한 결과 장기요양요원의 임금이 지나치게 낮게 형성되었다는 반성적 고려 하에 국가가 개입하여 장기요양기관의 인건비를 일정 비율 이상 지출하도록 강제함으로써 장기요양요원의 근로조건을 향상시켜, 안정적으로 양질의 장기요양급여를 제공하기 위한 것이다(아래 현재 2016헌마719 결정 참조). 따라서 장기요양급여비용 중 장기요양요원의 시급 또는 월급의 최저선을 바로 확인할 수 있도록 직접인건비 비율을 별도로 규정하는 것이 장기요양요원 처우 향상을 위해 인건비 지출비율을 법으로 정한 취지에 더욱 부합한다고 본다.

그리고 노인장기요양보험법은 장기요양기관이 지급받은 장기요양급여비용 중 일부를 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하여야 한다는 내용만 규정하고, 인건비 비율의 결정을 전적으로 보건복지부장관에게 일임하고 있다. 인건비 비율은 장기요양기관 운영자와 장기요양요원에게 커다란 영향을 미치는 중요한 사안임에도 이와 같이 법에서 인건비 비율의 결정 기준조차도 정하지 않고 전적으로 하위법령에 위임한다면 헌법상 법률유보의 원칙, 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되어 무효라고 판단될 수 있다. 법률이 어떤 사항에 관하여 하위법령

365) 서울특별시 어르신돌봄종사자 종합지원센터 센터장과의 인터뷰.

에 위임할 경우에는 국민이 장래 하위법령으로 규정될 내용을 일일이 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 기본적 윤곽만은 예측할 수 있도록 기본적인 사항들에 관하여 법률에서 구체적으로 규정하여야 하고(헌법재판소 2002. 9. 19.자 2002헌바2 결정), 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 한다는 것(헌법재판소 2007. 4. 26.자 2004헌가29 결정)이 헌법재판소의 입장이다. 인건비 지출 비율의 경우 규율대상이 수시로 변화하는 성질이 있어 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되는 경우에 해당한다고 볼 여지도 있지만 이를 통해 장기요양기관 운영자의 재산권, 영업의 자유 및 직업수행의 자유가 제한 또는 침해될 수 있으므로 구체성·명확성의 요구가 강화된다고 생각된다. 따라서 포괄위임금지 원칙에 위반된다고 판단될 위험을 피하기 위해 인건비 지출비율의 최저한도나 인건비 지출비율의 결정 기준에 대해 법률에 규정하는 것이 필요하다고 생각된다. 국민기초생활보장법이 최저보장수준을 보건복지부장관이 정하도록 위임하면서 ‘국민의 소득·지출 수준과 수급권자의 가구 유형 등 생활실태, 물가상승률 등을 고려’하도록 하여(동법 제6조 제1항, 제2조 제6호), 최저보장수준의 결정 기준에 대해 법률에 명시하고 있는 방식도 참조할 만하다.

(나) 인건비 지출비율 강제가 장기요양기관 운영자의 직업수행의 자유를 침해하여 위헌인지 여부

2016. 5. 29. 개정 노인장기요양보험법의 시행 전에는 장기요양기관 종사자 인건비는 ‘장기요양급여제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시’ 제11조의2를 참고하여 해당 시설의 경영자가 자율적으로 그 수준을 결정하고, 종사

자에 대한 처우 일반은 근로기준법, 최저임금법 등 관련규정에 의하여 규율되었다. 그런데 재가장기요양기관에 대해 공단으로부터 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율에 따라 그 일부를 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하도록 한 노인장기요양보험법 제38조 제4항이 신설되자 이 조항이 과잉금지원칙을 위반하여 직업수행의 자유를 침해하는지가 다투어졌다(헌법재판소 2017. 6. 19.자 2016헌마719 결정). 재가장기요양기관 운영자들인 청구인들은 재가장기요양기관은 영리를 목적으로 하는 사업으로서 정부로부터 보조금을 지급받지 않는데도 장기요양급여비용 중 일정 비율 이상을 반드시 인건비로 지출하도록 한 것은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유, 평등권, 행복추구권을 침해하는 것이라고 주장하였다. 이에 대해 헌법재판소는 장기요양기관 간의 과열된 경쟁으로 운영비용을 낮추기 위해 장기요양보험 도입 이후 장기요양요원의 급여는 지속적으로 감소했고, 비정규직 비율은 대폭 증가하였기 때문에 장기요양요원은 높은 이직률의 추세를 보이면서 장기요양급여의 안정적인 제공이 어려운 상황에 봉착하게 되었으므로, 이러한 상황에서 마련된 인건비조항은 장기요양기관의 인건비를 일정 비율 이상 지출하도록 함으로써 장기요양요원의 근로조건을 향상시켜, 안정적으로 양질의 장기요양급여를 제공하기 위한 것인바, 그 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되고, 인건비조항은 장기요양요원의 임금수준을 최소한으로 확보하여 장기요양급여의 질을 담보하고, 이를 통해 장기요양보험제도가 목적을 달성할 수 있도록 하기 위한 불가피한 수단이라고 할 수 있으며, 인건비조항은 노인장기요양보험법상 재가장기요양기관이 지급받은 장기요양급여비용 중 장기요양요원에 대한 인건비로 지출하여야 하는 최소한의 비율을 제시하고 있는 것으로, 재가장기요양기관이 지급받은 장기요양급여비용의 사용 용도를 전부 제한하고 있지 않으며, 재가장기요양기관은 최소 하한선 이상의 인건비를 지출하는 것 외에는 자율적으로 장기요양급여비용을 사용할 수 있다는 점을 종합하면 침해의 최소성이 인정되고 장기요양기관 재정의 투명성과 효율성을 확보하여 장기요양보험의 재정건전화를 꾀하고, 장기요양요원의 근로조건을 보호함으로써 공

극적으로 장기요양급여의 질을 제고하여 노인장기요양보험법의 목적을 실현하고자 하는 공익은, 심판대상조항으로 인하여 직업수행의 자유를 제약받는 불이익보다 결코 작다고 하기 어려우므로, 법익의 균형성도 인정된다고 하여 이 사건 조항을 합헌으로 판단하였다.

이 결정은 장기요양기관이 과도하게 증가하면서 장기요양요원의 근로여건이 악화되고 급여의 질적 수준이 담보되지 않는 상황에서, 헌법재판소가 장기요양기관의 공적 성격과 국가의 관리·감독 필요성을 인정하여 장기요양요원의 급여의 하한선을 설정할 수 있게 하고, 이를 통해 장기요양급여의 안정적 제공 기반을 마련하였다는 점에 의의가 있다. 다만 인건비 지출비율은 장기요양요원 임금의 최저선을 규정한 것이므로 장기요양요원의 근로조건을 향상시키기 위해서는 다른 추가적인 조치들이 필요하다.

(2) 장기근속에 대한 보상

(가) 장기근속장려금

장기근속장려금이란 일정기간 동안 기관기호가 동일한 장기요양기관에서 하나의 직종으로 계속 근무하고 있는 장기요양요원에 대하여 기관 근속기간(3-5년)에 따라 월 6만 원 내지 10만 원을 지급하는 제도이다(급여기준 고시 제11조의4). 장기요양요원의 잦은 입·퇴사로 장기요양 급여의 질이 저하된다는 문제점³⁶⁶⁾을 해결하고 장기요양요원의 처우를 개선하기 위해 2017. 8. 8. 보건복지부 고시 제2017-141호로 급여기준 고시를 일부개정하여 2017. 10. 1.부터 장기근속장려금제도를 도입한 것이다.

근속기간과 급여의 질 간 상관관계가 상대적으로 큰 요양보호사·사회복지사·간호(조무)사·물리(작업)치료사 등 수급자에게 직접 급여를 제공하는 직종을 지

³⁶⁶⁾ 관계적 속성을 가지고 있고 경험에서 비롯된 수급자의 개별적 특성에 대한 이해가 중요한 돌봄노동에서 돌봄제공자가 자주 교체될 경우 돌봄의 질이 낮아질 개연성이 높다. 아동돌보미가 수시로 교체되는 상황을 생각해 보면 알 수 있다.

급대상으로 하고, 입소형(노인요양시설, 노인요양공동생활가정, 주야간보호 및 단기보호기관)과 방문형(방문요양, 방문목욕, 방문간호)으로 구분하여 입소형은 최근 월 120시간 이상 계속 근무한 기간이 36개월 이상인 경우, 방문형은 최근 4년간 월 60시간 이상 근무한 기간이 36개월 이상인 장기요양요원에게 지급하고 있다(급여기준 고시 제11조의4 제1, 2항). 장기요양기관의 장은 공단으로부터 지급받은 장기근속장려금을 장기요양요원에게 지급하여야 한다(위 고시 제11조의4 제8항).

위에서 ‘기관기호가 동일한 장기요양기관에서 계속 근무한다’ 함은 퇴사, 휴직 등 없이 하나의 기관(기관기호가 동일한 장기요양기관)에서 장기근속장려금 산정 시점까지 계속 근무하는 것을 말하며, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 기관기호가 동일한 장기요양기관에서 계속 근무한 것으로 본다(급여기준 고시 제11조의4 제3항).

첫째 종사자가 휴직 및 퇴사 후 3개월 이내 해당 기관으로 복직 또는 재취업하는 경우에는 계속근무가 단절되지 아니하였다고 본다. 다만 이 경우 휴직 및 퇴사 기간은 근무기간에 산입하지 아니한다. 둘째 종사자가 월 120시간 미만(방문형에 해당하는 종사자는 월 60시간 미만) 근무한 달이 3개월 이내인 경우에도 계속근무를 인정하지만 120시간 또는 60시간 미만 근무한 달은 근무기간에 산입하지 아니한다. 셋째 위의 첫째, 둘째에도 불구하고 방문형 종사자의 근속기간을 산정할 때에는 최초 장기근속장려금 산정 시점으로부터 최근 48개월의 기간 중에는 첫째 및 둘째의 3개월 이내를 12개월 이내로 적용한다. 방문형 종사자의 경우에는 지속적인 근무가 더 어렵다는 판단하에 계속근로를 장려하기 위해 이러한 조항을 둔 것으로 해석된다. 넷째 육아휴직을 하는 경우 장기근속장려금 산정을 위한 근속기간에 포함되는지 여부와 관련하여, 2018. 7. 1. 이전에는 남녀고용평등법에 따라 육아휴직 기간 1년은 근무기간에 산입되고, 2018. 7. 1. 이후부터는 장기근속장려금 산정 시 육아휴직 기간 중 3년까지는 계속 근무한 것으로 인정된다. 다만 육아휴직 기간 동안에는 장기근속장려금이 지급되지 아니한다.³⁶⁷⁾ 다섯째 대표자가 동일한 장기요양기관으로 기관기

호 및 급여유형이 다른 기관에서 근무한 경우에도 계속근무를 인정하나 이 경우 한 개의 장기요양기관에 대해서만 장기근속장려금을 산정하고 있다. 여섯째 근무하고 있는 장기요양기관이 급여유형이 변경되어 장기요양기관기호가 변경된 경우에도 계속근무를 인정한다. 장기요양요원의 책임사유가 아니라 장기요양기관의 원인으로 인한 기호변경의 경우 예외를 인정한 것이다. 일곱째 근무하고 있는 장기요양기관이 중간에 합병 또는 포괄적 양수·양도 등으로 인해 장기요양기관기호가 변경되었다고 하더라도 직원에 대한 포괄적 고용승계가 이루어진 경우에는 계속근무를 인정한다. 기관기호는 변경되었지만 장기요양기관의 동일성이 유지되므로 계속근무를 인정하는 것이다.

2018. 6.말 기준으로 전체 현장 요양보호사 중 약 10%가 장기근속장려금을 지급받고 있다. 현장 종사 중인 시설 요양보호사 중 장기근속장려금을 지급받는 경우는 29.8%로서 전체 요양보호사 평균보다 상당히 높다.³⁶⁸⁾ 한 요양기관에서 3년 이상 일해야 장기근속장려금을 받을 수 있는데 재가 요양보호사의 경우 수급자의 잦은 변경, 시간제 근무 형태 등으로 인하여 3년 이상 한 기관에서 근무하여 장기근속장려금을 지급받는 경우가 매우 적은 것으로 생각된다.

이와 관련하여 요양보호사가 공신력 있는 기관(건강보험공단)에서 경력증명서를 발급받도록 하고, 위와 같이 공적으로 장기근속이 확인되는 요양보호사에 대해서도 (기관기호가 동일한 장기요양기관에서 하나의 직종으로 계속 근무하고 있지 않더라도) 장기근속장려금을 지급하여야 한다는 주장이 있다.³⁶⁹⁾ 전국 요양서비스노동조합은 재가 요양보호사에 대한 장기근속장려금을 12개월부터 적용하고 3개월 이내 이직 시 근속을 인정할 것을 요구하고 있다.³⁷⁰⁾ 그리고

³⁶⁷⁾ 국민건강보험공단, 고시및세부사항개정관련Q&A, 2018. 7. 3.

http://www.longtermcare.or.kr/npbs/d/m/000/moveBoardView?menuId=npe0000000770&bKey=B0009&search_boardId=60271 (최종방문일: 2018. 12. 9.)

³⁶⁸⁾ 보건복지부, 보도설명자료, 2018. 9. 10.

³⁶⁹⁾ 2018. 12. 3. 국회의원회관에서 개최된 ‘요양보호사 처우개선 토론회’에서 김영달 한국요양보호사중앙회 회장이 한 주장임(백세시대, “요양보호사 처우개선 국회토론회, ‘요양보호사, 신입과 10년차 급여 같은 건 불공정’”, 2018. 12. 7.).
<http://www.100ssd.co.kr/news/articleView.html?idxno=58046>(최종방문일: 2019. 7. 1.)

장기근속장려금이 1년 근속에 대해 1만 원 남짓에 해당하는 수준이기 때문에 한 장기요양기관에 근속하여 장기근속장려금을 받아 월급이 조금씩 올라가는 것보다 차라리 자신이 편한 시간에 일을 할 수 있고, 집과 가까운 곳에서 일하는 것이 더 좋다는 그래서 장기근속장려금의 실효성이 떨어진다는 현업의 목소리도 존재한다.³⁷¹⁾

현행의 장기근속장려금 제도는 동일 장기요양기관에서의 장기근속을 목적으로 36개월의 계속근로를 요구하고 있는데, 장기요양요원의 잦은 입·퇴사로 장기요양급여의 질이 저하된다는 문제점을 해결하고 장기요양요원의 처우를 개선한다는 장기근속장려금 제도의 목적에 비추어 보더라도 36개월은 지나치게 장기여서 오히려 장기근속을 위한 동기부여 효과가 약하다고 판단되므로, 36개월보다 기간 요건을 단축하는 것을 고려해 볼 만하다.

그리고 장기근속장려금은 노인장기요양보험법에 그에 관한 근거 규정이 없고 급여기준 고시를 통해 도입되었는데, 이를 고시로만 규율할 경우 정부의 정책 결정에 따라 장기근속장려금이 장차 폐지될 수도 있다. 따라서 장기근속에 대한 보상이 보다 안정적으로 이루어질 수 있도록 장기근속장려금 제도를 법률에 규정할 필요가 있다.

(나) 호봉제의 도입 여부

장기요양보험제도 도입 이전에는 노인복지시설도 종사자에게 보건복지부 호봉 기준에 따라 임금을 지급하였으나³⁷²⁾, 노인장기요양보험법은 요양보호사의 경력에 따른 보상을 제도화하고 있지 않다. 장기요양기관에서 근속수당을 마련

370) 인천뉴스, “방문요양서비스노동자 시급 1만2천원 보장해야”, 2019. 4. 2.
<http://www.incheonnews.com/news/articleView.html?idxno=116171>(최종방문일: 2019. 6. 3.)

371) 권현정 외, 앞의 논문, 197면.

372) 뉴스프리존, “장기요양기관에도 사회복지시설 임금가이드 라인을 적용해야”, 2018. 11. 27.
<http://www.newsfreezone.co.kr/news/articleView.html?idxno=89506>(최종방문일: 2019. 7. 1.)

하는 경우도 있지만 일반적이지는 않으며, 방문요양기관에서 호봉이 반영되는 경우는 10%로 대다수의 재가요양기관에서는 호봉을 반영한 급여 인상 제도를 가지고 있지 않다.³⁷³⁾ 호봉제는 장기요양기관과 장기요양요원 사이의 합의를 통해 도입될 수도 있겠지만, 위의 현황에서 보듯이 장기요양기관의 자율적 결정에 따라 호봉제를 도입하는 것은 용이하지 않고, 급여비용의 범위 내에서 기관을 운영하는 상황에서 장기요양기관의 운신의 폭에 한계가 있으며, 개별적으로 호봉제를 도입하더라도 장기요양요원 전체에 대해 통일적 적용을 할 수 없으므로 장기요양보험제도 차원에서 호봉제 도입 여부의 검토가 필요하다.

이와 관련하여 5년을 일한 장기요양요원이나 이제 막 일을 시작하는 장기요양요원이나 임금을 같게 책정하는 것은 부당하므로 호봉제로 개선되어야 한다는 주장이 있다.³⁷⁴⁾ 석재은 교수는 요양보호사의 경우 신규 진입 후 5년까지는 승급을 인정하여 승급에 따른 보장 수준을 달리하도록 하고, 그 이후는 팀장 등 특정 직책을 맡았을 경우 직책에 따라 수당 형태로 보상을 하는 것이 합리적이라는 의견을 밝히고 있고³⁷⁵⁾, 서울특별시 어르신돌봄종사자 종합지원센터 센터장은 인터뷰에서 개인적인 차이는 있지만 요양보호사의 업무능력은 업무 시작 후 3년 동안 향상되는 것으로 보인다고 평가한 바 있다.

장기요양요원은 사람을 상대하여 신체활동지원, 가사 및 일상생활지원 뿐만 아니라 인지활동지원, 정서지원 등을 제공하는 역할을 한다. 신체활동을 지원함에 있어서 업무 경험이 증가함에 따라 기술적인 측면에서 발전이 가능하고, 인지활동지원, 정서지원에 있어서도 경험이 쌓일수록 수급자의 기능상태 및 욕구 등을 잘 알아채고 급여를 제공할 수 있을 것이다. 장기요양요원에 따라 개인차가 있겠지만 경력의 길이에 따라 업무 능력이 향상되는 정도에 대해 종합적이고 면밀한 조사를 실시하고 그에 기초하여 호봉제 도입 여부를 검토해 볼 만하다고 생각된다. 장기요양보험 재정 등의 제약 요인이 있겠지만 장기요양요

373) 석재은·류임량, 앞의 논문, 121면.

374) 허남재·석재은, 앞의 논문, 292면.

375) 석재은, “장기요양정책과 정부의 역할: 공공성 강화는 어떻게 가능할까?”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017, 61면.

원의 경험 축적에 따른 숙련도 향상은 보다 좋은 돌봄을 제공하는 데 기여할 수 있으므로 그에 대한 적절한 보상이 이루어질 수 있어야 한다.

한편, 동일 장기요양기관에서의 계속근로 그것도 3년 이상의 근속을 요건으로 지급되는 장기근속장려금은 제도의 취지가 장기근속을 유도하기 위한 측면이 강하고 반드시 36개월 동안 동일한 기관에서 계속근로를 해야 장기요양요원의 숙련도가 향상된다고 볼 수 없으므로, 업무숙련에 대한 보상으로서의 호봉제는 장기근속장려금과는 별개의 과제로 접근할 필요가 있다.

(다) 일본의 사례 - 서비스제공체계강화가산

일본은 장기요양기관이 장기요양요원의 장기근속 등을 통해 장기요양급여의 질을 일정 수준 이상으로 유지한 경우 ‘서비스제공체계강화가산’을 지급하여 장기요양기관이 자격을 갖춘 장기요양요원의 장기근속을 위해 노력하도록 유도하고 있는데, 개호복지사 자격보유자, 상근직원, 근속연수가 3년 이상인 자 등을 일정 이상 고용하고 있으면 급여비용 가산산정의 조건이 되고 개호종사자의 전문성 등 경력에 주목하여 평가가 이루어진다.³⁷⁶⁾ 우리나라도 장기근속에 대한 적절한 대가가 지급되지 않고 장기요양요원의 이직률이 높은 것이 문제가 되고 있으므로 장기근속 및 이로 인한 급여의 질 향상을 유도하기 위해 위와 유사한 인센티브 방식의 도입도 검토해 볼 수 있을 것이다.

(3) 처우개선비

2012. 7. 국가인권위원회의 ‘요양보호사 노동인권 개선’ 권고 발표 후 보건복지부는 요양보호사에게 월 160시간 기준으로 최대 10만 원의 처우개선비를 지급하겠다는 대책을 내놓았고, 보건복지부가 ‘장기요양급여비용 등에 관한 고시’(2012. 12. 18. 보건복지부고시 제2012-162호로 일부개정된 것)³⁷⁷⁾ 제1장- I-

³⁷⁶⁾ 原田啓一郎, “介護人材不足と高齢者の介護保障”, 『法学セミナー』 no.767, 2018, 43頁.

³⁷⁷⁾ ‘장기요양급여비용 등에 관한 고시’는 2014. 6. 26. 보건복지부고시 제2014-97

6에서 “급여비용(방문간호, 복지용구 제외)에는 요양보호사 처우개선을 고려한 인상분이 포함되어 있으며, 그 인상분은 시간당 625원으로 하고 월 최대 160 시간을 산정할 있다.”라고 규정함에 따라 2013년 3월부터 처우개선비가 지급되었다.³⁷⁸⁾ 요양원에서 근무하는 요양보호사의 경우 요양원은 요양보호사에게 2013년 3월부터 시간당 625원씩 처우개선비를 당월 29일에 선지급하고, 익월 건강보험공단에 처우개선비를 청구해서 받는 상황에 있었다. 이와 같은 처우개선비는 요양보호사의 급여가 너무 낮은 점을 고려하여 근로자의 생활을 보조하기 위한 국가정책적인 측면에서 지급되었던 수당이다.

한편 위와 같은 처우개선비가 최저임금 위반 여부 판단 시 기준이 되는 임

호로 전부개정되면서 그 명칭이 ‘장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시’로 변경되었다. ‘장기요양급여비용 등에 관한 고시’가 장기요양 급여비용 산정의 일반원칙, 급여비용 및 산정기준, 급여비용의 가산 및 감산, 의사소견서 및 방문간호지시서 발급비용 등 주로 급여비용에 관한 내용만 규율하고 있었던 것에 비하여, ‘장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시’는 일반원칙, 장기요양기관의 준수사항, 장기요양기관 종사자의 준수사항, 장기요양급여 제공기준을 추가하고, 급여비용 산정방법에 대해 보다 상세하게 규율하고 있다.

³⁷⁸⁾ 처우개선비 제도는 일본에서 개호노동자의 근로조건을 개선할 목적으로 2009. 10.부터 2012. 3.까지 개호직원 한 명당 월액 평균 1.5만 엔을 지급하였던 개호직원처우개선교부금제도(김명중, 앞의 글, 37면)와 유사하다. 일본은 2012. 4. 개호보수 개정을 통해 수가를 1.2% 인상하여 ‘개호직원 처우개선 가산’을 신설하여 기존 개호직원 처우개선 교부금으로 지급되던 처우개선을 유지하였고, 이후 2015. 4. 개호보수 개정에서 임용요건 및 임금체계, 취업규칙 등의 실시 여부 등 구체적인 처우개선 관련 사항과 연수계획 수립과 실시, 연수 기회 제공 등과 같은 기술교육 실시, 자격취득 교육 지원 등 자질 향상을 위한 교육을 반영한 캐리어 패스 요건을 마련하여 적용하고 있으며, 2017년도에는 경험 또는 자격 등에 따라 승급하는 구조 또는 일정한 기준을 근거로 하여 정기적으로 승급을 판정하는 구조를 마련할 경우를 처우 개선 가산의 요건으로 추가하였다(구미영 외, 『돌봄노동의 사회적 가치에 대한 해외 정책사례 연구: 노인 요양보호사를 중심으로』, 한국여성정책연구원, 2018, 55-56면). 처우개선과 교육 실시, 승급 제도 마련 등을 가산 급여비용 산정기준으로 반영하여 장기요양요원의 처우개선 및 교육 확대를 시도하는 방안은 우리도 검토해 볼 만하다.

금에 해당하는지 여부가 문제되었는데 이에 관하여 고용노동부는, “수당지급의 목적 및 취지가 근로자의 처우를 개선하는 것이고, 지급방식도 기본급에 포함하지 않고 처우개선비라는 명칭으로 별도 지급되고 있으며, 비록 근로시간에 비례하여 산정되고 있다고 하더라도 소정근로시간 중 160시간을 초과하는 근로시간에는 지급되지 않는 점 등을 종합적으로 고려하면 소정근로시간에 대해 지급하는 임금으로 보기 곤란함. 따라서 상기와 같은 처우개선비는 근로자의 생활을 보조하는 수당 등 복리후생을 위한 금품에 해당하는 바, 최저임금에 산입하지 않는 임금으로 봄이 타당할 것으로 사료됨.”이라는 입장을 밝힌 바 있다(근로개선정책과-659, 2014. 2. 7.). 처우개선비는 요양보호사의 생활을 보조하기 위한 복리후생을 위한 금품에 해당하고, 처우개선비를 최저임금에 산입할 경우 최저임금이 증액되더라도 처우개선비 만큼의 최저임금 증액 효과를 누릴 수 없게 되어 처우개선비를 지급한 목적이 몰각될 수 있으므로, 처우개선비를 최저임금 비교대상 임금에 산입하지 않은 고용노동부의 위 입장은 타당하다고 본다.

그런데 최저임금 인상³⁷⁹⁾으로 인해 2018. 1. 12.부터 처우개선비를 인건비와 통합하여 지급하도록 급여기준 고시가 개정되면서 처우개선비는 실질적으로 폐지되었다. 즉 2018. 1. 12. 보건복지부고시 제2018-6호로 급여기준 고시가 일부 개정되면서 제11조 제2항 “급여비용(방문간호, 복지용구제외)에는 요양보호사 처우개선을 고려한 인상분이 포함되어 있으며, 그 인상분은 시간당 625원으로 하고 월 최대 160시간을 산정할 수 있다.”가 삭제되었고, 제11조 제1항이 “장기요양기관은 요양보호사 등 장기요양요원이 수급자 보호 및 업무능력 향상 등을 위한 교육을 받을 수 있도록 하고, 종사자의 근로환경이 개선될 수 있도록 노력하여야 한다.”에서 “장기요양기관은 요양보호사 등 장기요양요원이 수급자 보호 및 업무능력 향상 등을 위한 교육을 받을 수 있도록 하고, 종사자의 근로환경이 개선될 수 있도록 노력하여야 하며, 급여비용에 포함되어 있는 최저임금과 요양보호사의 처우개선을 고려한 인상분을 지급하여야 한다.”로 변경

³⁷⁹⁾ 2017년 6,470원에서 2018년 7,530원으로 16.4%가 인상되었다.

되었다. 현행 제도 하에서는 사회보험 보험료나 퇴직적립금 등 간접비용도 인건비에 포함하여 처리하기 때문에 이러한 변경 후에는 처우개선비가 지급되었는지를 확인하기조차 어렵다.³⁸⁰⁾ 최저임금 수준의 급여를 받고 있는 장기요양요원이 많기 때문에 이들의 처우를 개선하기 위해 처우개선비를 도입하였던 것인데 최저임금이 기존에 비해 큰 폭으로 인상되었다는 이유로 처우개선비를 폐지하는 것은 당초의 처우개선비 도입취지에 어긋나는 것이다. 최저임금이 근로자의 생활안정을 보장하기 위하여 근로자의 생계비, 유사 근로자의 임금 등을 고려하여 정한 임금의 전국적 최저수준이라는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 이는 요양보호사 업무의 전문성 및 숙련 향상, 일자리의 질 개선이 정책의 목표로 확고하게 자리 잡지 못하고 있다는 점을 보여준다.³⁸¹⁾ 현재에도 최저임금 수준의 임금을 받고 일하는 요양보호사가 많고³⁸²⁾, 장기요양급여 육체적·정신적으로 힘이 많이 드는 일이어서 최저수준의 임금이 장기요양급여 제공 업무에 대한 적절한 보상이라고 볼 수 없으므로, 요양보호사의 처우 개선을 통해 급여의 질을 높이기 위해 처우개선비를 다시 지급하는 것을 고려할 필요가 있다. 그리고 처우개선비가 법령상 근거 없이 급여기준 고시에서 규율되었기 때문에 정책적 의사결정에 따라 쉽게 폐지되었으므로 이를 법률에 규정하여 제도의 지속성을 확보하는 방안도 함께 검토할 만하다.

(4) 인력배치기준

몇 명의 근로자를 고용하여 사업을 영위할 것인지는 원칙적으로 이윤 창출과 손실 초래의 위험을 스스로 부담하는 사용자가 결정할 사항이다. 그런데 시

380) 손기영 외, 앞의 보고서, 59면.

381) 구미영, 앞의 글, 4면.

382) 재가 요양보호사들이 체결한 20여 건의 근로계약서를 분석해 본 결과 최저시급에 주휴수당을 더하여 시급으로 지급하는 경우가 많았다. 법령상 최저기준에 해당하는 임금을 지급하면서 양질의 인력이 지속적으로 장기요양요원으로 근무하기를 기대하기는 어려운 일이다.

설 장기요양기관의 경우 노인복지법상 수급자수에 따른 최저 인력배치기준이 정해져 있다. 만약 이러한 인력배치기준이 현실에 부합하지 않는다면 이는 장기요양급여의 질을 저하시키고 장기요양요원의 건강에도 부정적인 영향을 미칠 수 있다.³⁸³⁾

현재 노인요양시설 인력배치기준은 수급자 2.5명당 1명의 요양보호사를 배치하는 것으로 정해져 있는데(노인복지법 시행규칙 [별표 4] 6. 직원의 배치기준), 이 배치기준은 총 입소자수 대비 요양보호사의 총정원 수로 나눈 것이다. 이 배치기준상 인원을 바탕으로 3교대 근무자(1일 3교대로 근무하면 요양보호사 1명당 7.5인의 노인을 돌보게 된다)와 휴일, 휴무자를 고려하게 되면 결과적으로 요양보호사 1명이 수급자 10명 이상을 감당하는 결과를 가져오게 된다.³⁸⁴⁾ 상당한 도움이 있어야 일상생활을 할 수 있는 노인 7.5명 이상을 1명의 요양보호사가 돌보는 환경에서 상이한 개인의 개별적인 필요에 반응적으로 대응하는 것을 기대하기는 매우 어렵다.³⁸⁵⁾ 게다가 수급자의 치매증상이 심한 경우에는 일대일 돌봄이 필요한 경우도 많은데³⁸⁶⁾, 수급자의 증상의 경중을 고려하지 않은 위와 같은 인력배치기준은 현실성이 떨어진다.

뿐만 아니라 노인복지법 시행규칙 [별표 4]의 직원배치기준에 의하면 간호사 또는 간호조무사의 야간배치를 의무적 사항으로 강제하지 않음으로 인하여 야간에 의료비상사태가 발생할 경우 요양보호사가 이에 대해 대응해야 하는 상황이 발생하게 된다.³⁸⁷⁾ 간호사가 1명 근무하는 시설 장기요양기관의 경우 간

383) 손덕순, “요양보호사 제도에 관한 고찰”, 『한국노년학연구』 제22권, 2013, 151면.

384) 전찬희, 앞의 논문, 239면. 참고로, 2018 장애인 거주시설 직종별 지원 기준에 따르면 중증, 영유아 장애인 4.7명당 2명, 아동장애인 4명당 1명, 지적장애, 시각장애인 5명당 1명, 지체, 청각-언어 장애인 10명당 1명의 생활지도원(생활재활교사)이 지원되는데, 이에 의하면 생활지도원이 부족하여 시간외 근로가 과다하게 발생할 수밖에 없기 때문에 주 52시간 근로시간제 시행을 앞두고 인력증원을 위한 예산이 확대되어야 한다는 점이 지적되고 있다(임고은, “특례업종 제외, 인력확충 지원은 부족”, 『월간노동법률』, 중앙경제, 2018. 10.).

385) 석재은(2018), 앞의 논문, 81면.

386) 손미아 외, 앞의 책, 384면, 390면.

387) 급여기준 고시 제60조 제1항은 노인요양시설 또는 노인요양공동생활가정에서

호사가 휴무하는 날 수급자들은 의료 공백상태에 놓이게 되고, 요양보호사는 요양보호사의 업무 범위에 해당하지 않는 의료행위에 대한 압박을 받게 된다.³⁸⁸⁾

따라서 노인복지법상 인력배치기준을 구체적인 급여제공 상황을 고려하지 않은 추상적 시설기준에서 근로기준법을 고려한 실제상황에 맞는 급여제공 기준으로 전환하는 것이 필요하다. 즉 장기요양요원의 근무형태 또는 휴일 등에 관계없이 장기요양기관이 수급자에게 상시적으로 일정한 인력을 통해 급여를 제공하게 하는 현실적 인력배치기준으로 변경되어야 한다.³⁸⁹⁾ 관련하여 요양보호사 업무의 신체적 부담이 과중하다는 지적에 대해 건강보험공단 관계자는 “요양보호사의 근로여건 개선, 서비스 수준 향상 및 안정적인 근무환경을 위해서는 인력기준이 강화되어야 한다고 보고 있다.”는 입장을 밝힌 바 있기도 하다.³⁹⁰⁾

한편, 일본에서는 시설에서의 야간 근무 장기요양요원의 부족을 보충하기 위해 인력배치기준을 상회하는 장기요양요원을 야간에 배치하면 급여비용을 가산해 주거나(소위 야근직원배치가산), 침대 위의 입소자의 동향을 탐지할 수 있는 로봇을 일정 요건 하에 도입하는 경우에도 야근직원배치가산을 산정하도록 하고 있는데³⁹¹⁾, 우리나라의 경우 인력배치기준이 수급자 2.5명 당 요양보호사 1명으로 정해져 있어서 실제 야간에는 1명의 요양보호사가 많게는 10명 이상

야간(22시부터 다음 날 6시)시에 요양보호사 또는 간호(조무)사 1명 이상이 근무한 경우에는 야간직원배치로 인한 가산금액을 지급하는 것으로 규정하고 있다. 즉 야간에 간호(조무)사가 근무할 것을 강제하지는 않고 있다. 한편, 장기요양기관의 장은 공단으로부터 지급받은 야간직원배치 가산금을 야간에 근무한 종사자에게 지급하여야 한다(급여기준 고시 제60조 제5항).

388) 한겨레, “앞지 말고 뛰어다녀 CCTV는 요양사도 따라다녔다”, 2019. 5. 15.

<http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/893918.html>(최종방문일: 2019. 5. 18.)

389) 인력배치기준을 2.5명당 1명에서, 2.0명당 1명으로 조정하여야 한다는 주장으로는 이용갑 외, 앞의 보고서, 140면 참조.

390) 쿠키뉴스, “요양보호사 평균 나이 60세..‘젊은이도 힘든 일’”, 2019. 6. 11.

<http://www.kukinews.com/news/article.html?no=670560>(최종방문일: 2019. 6. 11.)

391) 原田啓一郎, 앞의 논문, 42-43頁.

의 시설 공급자를 돌보고 있어 장기요양요원의 업무 부담이 과중할 뿐만 아니라 공급자에게 적절한 급여가 제공되지 않거나 사고가 발생할 위험이 있으므로, 이른바 4차 산업혁명을 통해 발전하는 새로운 기술을 활용하는 일본의 위와 같은 대응책도 참조할 만하다. 다만 이러한 ICT(Information and Communication Technology)와 장기요양(돌봄)의 접목은 돌봄노동의 많은 부분이 힘들고 반복적인 것들이어서 장기요양요원을 육체적으로 지치게 한다는 점에서는 돌봄의 짐을 다소 가볍게 해 줄 수도 있을 것이나, 기술 도입 여부에 대한 논의 과정에서 이러한 기술에 의한 돌봄이 사회적 관계를 훼손하고, 타인과의 사회적 연결 가능성으로부터 개인들을 떼어놓을 수 있으며, 돌봄 일자리가 줄어들고, 돌봄을 필요로 하는 노인들이 점점 더 사람과 접촉할 기회가 적어지게 할 수 있다는 경계³⁹²⁾도 충분히 감안해야 한다.

(5) 최저임금 준수가 가능한 급여비용 체계 유지

급여비용의 결정은 국가가 하므로 급여비용 체계 자체가 최저임금법을 위반하지 않도록 정할 필요가 있다. 그런데 서울시 어르신돌봄종사자종합지원센터가 재가공한 자료에 의하면, 2017년 방문요양에 대한 인건비 지출비율 84.3% 중 간접인건비 17.3%를 제외한 직접인건비를 살펴보면, 210분 이상 급여 제공 시 직접인건비가 최저임금법상 최저임금 이하로 떨어진다고 한다.³⁹³⁾ 수가 체계상 예를 들어 200분 동안 근무하더라도 급여비용은 180분을 기준으로 지급되므로 2017년에는 실제 근무시간을 기준으로 하면 최저임금에 미달하는 직접인건비가 포함된 급여비용이 지급되는 경우가 발생하였을 것이다.

³⁹²⁾ 허라금(2018), 앞의 논문, 76-77면.

³⁹³⁾ 이진복, 앞의 글, 21면에서 인용.

[표 3] 시간당 급여비용 대비 인건비 지출비율에 따른 인건비

분류	급여비용	간접 인건비 17.3%	직접 인건비 67%	60분당 급여(시급)	비고 ³⁹⁴⁾
120분 이상(2시간)	30,690원	5,309원	20,562원	10,281원	
150분 이상(2.5시간)	34,880원	6,034원	23,370원	9,348원	
180분 이상(3시간)	38,560원	6,671원	25,835원	8,621원	
210분 이상(3.5시간)	41,950원	7,257원	28,107원	8,030원	최저임금
240분 이상(4시간)	45,090원	7,801원	30,210원	7,553원	이하

출처: 어르신돌봄종사자종합지원센터 재가공 자료; 이견북, 앞의 글, 21면에서 인용

장기요양위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정하는 급여비용의 액수와 관계없이, 장기요양기관은 장기요양요원의 사용자로서 최저임금법에 따라 장기요양요원에게 최저임금 이상의 임금을 지급하여야 하는 의무를 부담하지만³⁹⁵⁾, 위와 같이 장기요양기관의 최저임금법 준수를 근본부터 어렵게 하는 일이 발생하지 않도록 급여비용체계는 최저임금 준수 가능 수준 이상으로 유지할 필요가 있다.

(6) 급여제공시간의 조정

인정등급별 급여제공시간은 급여기준 고시에 의해 결정되는데, 2016년 12월 22일 보건복지부고시 제2016-242호로 급여기준 고시 제19조 제2항이 일부 개

³⁹⁴⁾ 2017년 최저시급은 6,470원인데 주휴수당, 급여비용에 포함된 처우개선비를 포함하면 시간당 8,370원 이상이 지급되어야 한다(이견북, 앞의 글, 21면).

³⁹⁵⁾ 한편, 전국요양서비스노동조합 광주지부의 발표에 의하면 2018년에 보건복지부가 발표한 요양보호사들의 표준시급은 1만2,000원 정도지만 실제로는 시급 9,500원을 받고 일하는 경우도 있고 이 경우 주휴수당·연차수당을 제외한 시급은 최저임금 7,530원을 하회한다고 한다(노컷뉴스, “요양보호사 노조 ‘표준 시급 인상 등 처우 개선해야’”, 2019. 5. 29.).

<https://www.nocutnews.co.kr/news/5158660> (최종방문일: 2019. 6. 27.)

정되면서 2017년 3월 1일부터 3-4등급 수급자의 1일 최대 방문요양 급여제공 시간이 4시간에서 3시간으로 변경되었다. 그런데 이로 인해 장기요양요원들은 4시간 동안 하던 일을 3시간에 소화해내야 해서 노동강도가 높아지고 수급자의 요구를 외면하지 못하는 장기요양요원은 3시간을 초과하여 무급으로 급여를 제공하며, 수급자들은 본인이 원하는 급여를 충분히 받지 못해 불만을 가지는 경우가 발생하고 있다.³⁹⁶⁾ 1등급 수급자에 대한 하루 4시간으로도 병원 재활치료, 프로그램 이용, 신체활동 도움 등을 받기에는 턱없이 부족하다는 1등급 수급자 보호자의 의견도 존재한다.³⁹⁷⁾

인정등급에 따른 1일 최대 급여제공시간은 수급자의 삶의 질과 장기요양요원의 노동 강도에 커다란 영향을 미치므로, 수급자의 필요와 장기요양요원의 급여제공 소요시간을 면밀하게 검토하여 급여제공시간을 정해야 한다. 물론 장기요양요원이 급여시간을 초과하여 무급으로 급여를 제공하는 일은 발생하지 않도록 하여야 할 것이다.

그리고 수급자와 장기요양요원에게 커다란 영향을 미치는 급여제공시간에 관한 내용이 보건복지부장관이 결정하는 급여기준 고시에 규정되어 있어 보건복지부장관이 임의로 결정할 수 있도록 한 것이 근본적인 문제이다. 급여제공시간에 관한 부분을 상위법령에 규정하여 보다 민주적인 의견 수렴과 통제가 이루어지도록 할 필요가 있다.

(7) 소결

이상과 같이 국가는 급여비용 자체를 정할 뿐만 아니라 급여비용 중 장기요양기관이 장기요양요원에게 지급할 최저비용을 정함으로써 장기요양요원의 임금에 상당한 영향을 미치고 있고, 장기근속을 장려하기 위한 장기근속장려금, 처우를 개선하기 위한 처우개선비 등을 직접 결정하여 보험재정으로 장기요양

³⁹⁶⁾ 이진복, 앞의 글, 22면.

³⁹⁷⁾ 고봉은, “장기요양보험제도, 이용자의 선택권은 없다”, 노인장기요양보험 전면 개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017, 99면.

요원에게 지급하고 있다. 위 장기근속장려금, 처우개선비는 장기요양기관이 장기요양요원에게 지급하고 국가는 장기요양기관에게 해당 금액을 보전하는 형식을 취하지만, 장기요양기관은 국가가 지급하기로 결정한 위 수당의 전달 통로에 지나지 아니하고 실질적으로 장기요양요원에게 이들 수당을 지급하는 것은 국가라고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 국가는 수급자수에 따라 시설 장기요양기관에서 고용하여야 하는 요양보호사의 비율을 정해놓음으로써 장기요양기관의 인력배치의 최저기준을 설정하고 인정등급별 급여제공시간을 결정하고 있는데 이는 장기요양요원의 근로조건과 근로환경에 큰 영향을 미친다. 요컨대 국가는 노인장기요양보험법, 노인복지법 등 관련 법령 및 고시를 통해 장기요양요원의 근로조건과 근로환경에 실질적인 영향을 미치고 있다.

다. 다른 법령을 통한 임금과 관련된 근로조건의 개선 시도

(1) 장기요양기관에 대한 일자리 안정자금 지원

일자리 안정자금이란 최저임금 인상에 따른 소상공인 및 영세중소기업의 경영부담을 완화하고 노동자의 고용불안을 해소하기 위한 지원사업으로서 30인 미만의 근로자를 고용한 모든 사업(주)에 대해 월 보수 210만원 이하 상용근로자 1인당 월 최대 13만 원(5인 이상 사업장)을 지원하는 제도이다.³⁹⁸⁾

위와 같은 일자리 안정자금은 2018년에는 장기요양기관에 대해 적용되지 않았으나, 2019년부터는 장기요양기관도 지원 대상에 포함되게 되었다. 노인인구 및 장기요양수급자 대폭 증가 등에 따른 장기요양 재정상황 악화로 급여비용 인상에 한계가 있고, 재무·회계규칙 등 장기요양 운영의 투명성을 확보할 장치가 마련된 상황에서 제도 발전을 위해 종사자 및 기관 운영을 위한 추가 지원이 필요성 등을 종합적으로 고려한 것이다. 최저임금을 준수하면서, 월 평균보수 210만 원 이하 종사자 중 고용보험 가입자가 지원 대상이다. 단, 주 40시간

³⁹⁸⁾ 이하의 내용은 일자리 안정자금 홈페이지(<http://jobfunds.or.kr/>) 참조.

미만의 단시간 근로자는 시간급을 환산한 임금이 시간당 최저임금의 100%(8,350원)~120%(10,080원)의 범위에 해당되어야 한다. 그리고 취약계층 종사자가 많은 노인장기요양기관은 종사자 수 30인 이상 기관도 지원대상에 포함된다. 월급제 기준 종사자 1인당 최대 13만 원이 지원되지만, 종사자 5인 미만인 소규모 시설은 종사자 1인당 2만 원을 추가로 지원받을 수 있다.

이상과 같이 장기요양기관에 일자리 안정자금 지원되면 장기요양요원의 처우 개선에도 일정 부분 기여할 것으로 기대된다.

(2) 사회복지사 등의 처우 및 지위향상을 위한 법률의 적용을 받는지

사회복지사 등에 대한 처우를 개선하고 신분보장을 강화하여 사회복지사 등의 지위를 향상하도록 함으로써 사회복지 증진에 이바지하는 것을 목적으로 2011. 3.30. 법률 제10511호로 사회복지사 등의 처우 및 지위 향상을 위한 법률(이하 “사회복지사법”)이 제정되었다(2012. 11. 24.부터 시행).

사회복지사법이 장기요양요원에 대해서도 적용되는지를 살펴보면, 이 법의 적용대상인 ‘사회복지사 등’이란 사회복지사업법 제16조에 따라 사회복지사업을 행할 목적으로 설립된 사회복지법인(제1호), 사회복지사업법 제2조³⁹⁹⁾에 따

³⁹⁹⁾ 사회복지사업법 제2조 제1호

"사회복지사업"이란 다음 각 목의 법률에 따른 보호·선도(善導) 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담, 직업지원, 무료 숙박, 지역사회복지, 의료복지, 재가복지(在家福祉), 사회복지관 운영, 정신질환자 및 한센병력자의 사회복지에 관한 사업 등 각종 복지사업과 이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다.

국민기초생활 보장법, 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법, 한부모가족지원법, 영유아보육법, 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률, 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률, 성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률, 입양특례법, 일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률, 사회복지공동모금회법, 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률, 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률, 농어촌주민의 보건복지증진을 위한 특별법, 식품등 기부 활성화에 관한 법률, 의료급

라 사회복지사업을 행할 목적으로 설치된 사회복지시설(제2호), 그 밖에 대통령령으로 정하는 사회복지 관련 단체 또는 기관(제3호)에서 사회복지사업에 종사하는 자를 의미한다(동법 제2조). 노인장기요양보험법상 재가급여를 제공할 수 있는 장기요양기관에는 노인복지법 제38조에 따른 재가노인복지시설로서 법 제31조에 따라 지정받은 장기요양기관이 포함되고, 시설급여를 제공할 수 있는 장기요양기관은 노인복지법 제34조 제1항 제1호에 따른 노인요양시설로서 법 제31조에 따라 지정받은 장기요양기관, 노인복지법 제34조 제1항 제2호에 따른 노인요양공동생활가정으로서 법 제31조에 따라 지정받은 장기요양기관을 의미하므로, 노인복지법에 따른 재가노인복지시설, 노인요양시설, 노인요양공동생활가정에서 노인장기요양사업에 종사하는 자는 사회복지사업법의 적용 대상에 해당된다고 본다.

사회복지사업에서 사회복지사 등의 처우에 대해 정하고 있는 부분은 다음과 같다. 국가와 지방자치단체는 사회복지사 등의 보수가 사회복지전담공무원의 보수수준에 도달하도록 노력하여야 한다(사회복지사업법 제3조 제2항). ‘노력하여야 한다’고 정하고 있기 때문에 이 조항 자체로는 강제성이 없고, 처우 개선이 구체화되지 못하거나 실효성이 낮을 수밖에 없다.⁴⁰⁰⁾ 그리고 보건복지부장관은 실태조사 결과에 따른 사회복지사 등의 보수수준과 사회복지사업법 제14조에 따른 사회복지 전담공무원의 보수수준을 비교하여 사회복지사 등의 보수수준에 관한 권고기준을 정할 수 있다(사회복지사업법 시행령 제4조). 보건복지부장관은 이에 따라 사회복지사 등의 보수수준에 대한 가이드라인을 발표하고 있다. 이 가이드라인은 사회복지사의 임금기준선으로 적용되고 있고, 지방자치단체의 재정에 따라 임금수준의 차이는 존재한다.⁴⁰¹⁾ 다만 이에 대해서는 보건복지부의

여법, 기초연금법, 긴급복지지원법, 다문화가족지원법, 장애인연금법, 장애인활동 지원에 관한 법률, 노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률, 보호관찰 등에 관한 법률, 장애아동 복지지원법, 발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률, 청소년복지 지원법, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률

400) 노재철, 앞의 논문, 165면.

401) 이용갑 외, 앞의 보고서, 29면.

가이드라인 자체가 의무사항이 아니라 권고사항이기 때문에 실효성이 적다는 비판이 제기된다.⁴⁰²⁾

이와 같은 실효성 측면의 약점에도 불구하고 사회복지사법은 사회복지사법이 적용되는 장기요양요원에 대해 그들의 보수수준을 사회복지전담공무원의 수준에 도달하게 한다는 목표를 제시한다는 측면에서는 일응의 의미가 있다.

라. 실태조사를 통한 실태 파악 및 중장기 계획 수립

보건복지부 장관은 3년마다 장기요양요원의 근로조건, 처우 및 규모에 관한 사항을 포함한 여러 사항들에 대한 실태조사를 정기적으로 실시하고 그 결과를 공표하여야 하며(법 제6조의2 제1항), 장기요양요원의 처우에 관한 사항이 포함된 장기요양기본계획을 5년 단위로 수립하여야 한다(법 제6조 제1항). 이러한 절차를 거쳐 수립된 장기요양기본계획은 장기요양요원의 근로조건과 근로환경에 영향을 미치게 된다. 이러한 대규모의 인력실태조사는 정부 정책 수립의 객관적 근거가 되며, 노동조건과 서비스의 질을 개선함에 있어 유용한 데이터로 활용될 수 있으므로⁴⁰³⁾, 실태조사를 면밀하게 구체적으로 하는 것이 중요하다. 다만 노인장기요양보험법상 실태조사의 방법과 내용 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 하고 있는데(법 제6조의2 제2항), 현재까지 실태조사에 대한 보건복지부령이 제정되어 있지 않다. 신속하게 실태조사에 대한 시행규칙을 제정하여야 할 것이다.

2. 행정입법의 통제 필요성

위에서 본 것과 같이 장기요양기관이 장기요양요원의 사용자로서 장기요양요원의 근로조건에 일차적인 영향을 미치고 있다고 하면, 국가는 장기요양기관

402) 노재철, 앞의 논문, 169면.

403) 구미영, 앞의 글, 9면.

및 장기요양요원 모두에게 영향을 미치는 노인장기요양보험제도의 설계 및 조정, 급여비용의 결정 등을 통해 장기요양요원의 지위와 처우, 근로환경 등에 궁극적인 영향력을 행사하고 있다.

그리고 이러한 영향력은 국가 중에서도 주로 행정부에 의해 행사되고 있다. 장기요양요원의 급여와 직결되는 급여비용의 액수, 한도, 인건비 지출비율 등은 모두 급여기준 고시 등 행정입법을 통해 결정된다. 이는 근본적으로는 국회가 정해야 할 예산 투입 수준에 관한 근본적 결단을 행정부가 대행하는 것이며, 비록 의회유보의 원칙이 사회보장의 영역에서 다소 완화될 수 있다고 하더라도 지나치게 완화되어 위헌성을 가질 정도로 포괄위임이 남용되어 온 측면이 있다.⁴⁰⁴⁾ 무분별한 위임입법에 의하여 행정 내지 집행의 효율성이 지나치게 강조된 순간 개인의 기본권 보호는 불확정성을 갖게 되는 것이다.⁴⁰⁵⁾ 그리고 추상적 법률규정에서의 포괄위임을 시작으로, 시행령, 시행규칙, 고시 등으로 다단계 위임되는 입법구조는 행정입법권을 행사하는 소수의 행정부 관료가 법률해석권을 사실상 독점하도록 하고, 규범에 대한 법관의 해석 여지를 극히 제한하여 이에 대한 법원을 통한 구제가능성 즉 사법적 통제도 어렵게 하는 원인이 되고 있다.⁴⁰⁶⁾ 결국 이러한 다단계 위임구조는 행정부가 입법부는 물론 사법부로부터 견제 및 통제를 받지 않으면서 예산을 최소한의 수준으로 통제하는 도구로 기능하고 있다고 평가되고 있다.⁴⁰⁷⁾

이와 같이 행정부가 다단계위임을 통하여 장기요양요원의 근로조건에 대한

404) 차성안, “장애등급제 폐지와 장애인 권리구제를 위한 법원의 역할”, 『이화여자 대학교 법학논집』 제23권 제1호 통권 63호, 2018, 68면.

405) 김진곤, “사회보장법영역에서 포괄위임입법금지원칙의 적용과 그 한계”, 『사회보장법학』 제3권 제1호, 2014, 44면.

406) 차성안, 앞의 논문, 65면, 67면.

407) 차성안, 앞의 논문, 78면. 참고로, 일본의 개호노동자의 근로조건에 관해서도 유사한 논의가 있는데, 개호노동자의 저임금은 ‘수요와 공급의 메커니즘’이 작동하는 노동시장의 결과가 아니라 개호보험제도에 의해 설정된 것이라는 분석이 있다(김수영, 앞의 논문, 344면). 정부는 ‘개호도(장기요양등급) 인정기준’과 ‘개호보수(급여비용)’에 관한 결정권한을 통해 개호보험제도를 제어하고 있다고 본다(김수영, 앞의 논문, 349면).

실질적 결정 권한을 행사하는 상황에서 장기요양기관이 사용자로서 장기요양요원의 근로조건을 보장해 주는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 따라서 앞에서 본 장기요양요원의 처우를 개선하여 장기요양급여의 질을 높이고 장기요양보험제도의 지속가능성을 담지하기 위해서는 정부의 의지와 역할이 중요하다. 또한 행정부가 입법부와 사법부의 견제를 받지 않고 장기요양제도를 형성할 권한을 행사하지 않도록 입법부는 수급자 및 장기요양요원의 권리와 관련된 주요한 사항은 법률에 직접 규정할 필요가 있고, 특정한 사항을 법규명령에 위임하더라도 위임하고 있는 법률에 명확하게 해당 위임사항이 어떻게 형성될 것인지 그 내용, 목적 또는 범위를 밝힐 필요가 있으며⁴⁰⁸⁾, 사법부는 명령·규칙 위헌·위법 심사권을 보다 적극적으로 활용하여 법률에 대한 해석권을 행사할 필요가 있다. 관료들에 의해 의사결정이 이루어지는 행정부보다는 여러 정치세력에 의한 토론과 협의가 이루어지는 입법부에서 장기요양보험제도에 대한 보다 민주적인 의사결정이 이루어질 수 있는 것이다. 행정부에 의한 의사결정 과정에서 아래에서 다루는 장기요양요원, 수급자의 참여권이 보장되어야 함은 물론이다.⁴⁰⁹⁾

3. 장기요양보험의 공공성 강화

⁴⁰⁸⁾ 김진곤(2014), 앞의 논문, 49면.

⁴⁰⁹⁾ 이 논문에서 법률유보의 원칙, 포괄위임입법금지 원칙과 관련하여 다룬 부분들을 정리하면 다음과 같다. 시행규칙에서 근로계약 체결의무를 정한 부분, 급여기준 고시에서 신체제한에 대해 규율한 부분, 인건비 지출비율에 대한 결정 기준이나 최저 비율에 대한 정함 없이 보건복지부장관이 고시로 정하도록 위임한 부분은 법률에서 직접 규율하거나 적어도 법률에서 그 규율의 대강을 예측할 수 있도록 기준 등을 규정할 필요성이 있다. 그리고 배상책임보험 가입의무를 법률로 규정한 개정, 시행규칙에서 정하고 있던 급여외행위를 법률로 규정한 개정은 법 개정을 통해 법률유보의 원칙 또는 포괄위임입법금지 원칙 위반의 위험을 제거한 것이다. 한편, 급여기준 고시에서 규정된 장기근속 장려금을 법률에서 규율하자는 부분은 법률유보의 원칙이나 포괄위임입법금지 원칙 위반이 문제되기 때문이 아니라 장기근속 장려금 제도의 존속력을 강화하려는 목적에서 서술한 것이다.

가. 총론 - 공공성 강화의 필요성

앞에서 살펴본 바와 같이 국가는 장기요양급여의 궁극적 공급자이자 장기요양요원의 실질적 사용자와 같은 위상을 가지고 있기 때문에, 시장 경쟁이라는 명분하에 민간 장기요양기관에게 장기요양요원의 처우 개선, 장기요양급여의 질 향상 등의 책무를 맡겨 두어서는 아니 되고, 장기요양보험 급여, 장기요양요원의 노동에 대한 국가의 책임을 강화하여야 한다.⁴¹⁰⁾

정부는 장기요양보험제도를 도입하면서 민간의 경쟁을 통해 서비스의 질을 높인다는 명분하에 공공서비스인 장기요양급여를 시장화하고 장기요양기관을 용이하게 설립할 수 있도록 하였다.⁴¹¹⁾ 호주의 경우 관련 법령에 정해진 조건

410) 장기요양보험의 공공성 강화는 국가와의 관계뿐만 아니라 지방자치단체와의 관계에서도 쟁점이 되지만, 장기요양보험과 관련된 각종 정책을 입안하고 법률을 제정하는 것은 국가(입법부, 행정부)이므로 국가와의 관계 부분에서 서술한다.

411) 제가 장기요양기관의 경우 신고제로 운영되며(법 제32조 제1항) 설치신고 시 위치도, 평면도 및 설비구조내역서, 소유권 또는 사용권을 증명할 수 있는 서류, 일반현황·인력현황 및 시설현황을 적은 서류, 사업계획서 및 운영규정을 적은 서류, 전기안전점검확인서, 사업자등록증 또는 고유번호증 등의 서류를 첨부하도록 하고 있기는 하나(법 시행규칙 제24조 제1항), 신고서를 받은 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 법인 등기사항증명서, 건물등기부 등본 및 토지등기부 등본을 확인하는 형식적 심사 절차만 이행하고(법 시행규칙 제24조 제3항), 실질적 심사는 하지 않은 채 제가 장기요양기관 설치신고 증명서를 발급하여야 하므로(법 시행규칙 제24조 제4항), 제가 장기요양기관 설치 시 시설, 인력 등에 대한 심사가 충실히 이루어질 수 없다는 문제점이 존재하였다.

그리고 시설 장기요양기관은 장기요양기관 지정신청서에 일반현황·인력현황 및 시설현황, 사업자등록증 또는 고유번호증을 첨부하여 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 제출하고 지정을 받도록 정하고 있는데(법 제31조, 법 시행령 제14조, 법 시행규칙 제23조 제1항), 이에 대해 법에서는 장기요양기관을 지정해 운영하게 하지만 실제로 지정을 위한 시설과 인력 기준만 갖추면 지자체장이 반드시 지정하게 되어 있어 사실상 신고제로 운영되고 있다는 비판이 가해지고 있었다(윤진아, 앞의 논문, 298면).

을 충족한, 개인사업자가 아닌 법인만이 보건복지부 장관의 승인을 받아 장기요양기관을 설립할 수 있고, 장기요양기관을 운영 중인 법인 중에서 비영리법인이 70-80%를 차지한다.⁴¹²⁾ 일본의 경우에도 개호서비스사업자는 원칙적으로 법인격을 가져야 하는데⁴¹³⁾, 한국은 개인사업자가 장기요양기관을 설립할 수 있는 길을 제한 없이 열어 놓고 있는 것이다. 노인장기요양보험법이 처음 제정될 당시 “국가 및 지방자치단체는 노인인구 및 지역특성 등을 고려하여 장기요양급여가 원활하게 제공될 수 있도록 ‘충분한’ 수의 장기요양기관을 확충하고 장기요양기관의 설립을 지원하여야 한다.”라고 정하고 있는 것(2007. 4. 27. 법률 제8403호로 제정된 것, 제4조 제3항)을 보더라도 그러하다.⁴¹⁴⁾ 정부 입장에서는 장기요양급여 확대에 의해 부가되는 재정을 최소화하기 위하여 국가의 개입보다는 시장을 활용하고자 하는 의도가 처음부터 강했던 것으로 평가되고 있다.⁴¹⁵⁾

『제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)』에 의하면, 2016년 기준 장기요양기관은 시설 기관이 5,200개소, 재가 기관이 26,300개소 가량인데 이 중 공공시설은 요양시설 101개소, 주·야간보호소 94개소로서 전체 장기요양기관의 2%에 불과하다.⁴¹⁶⁾ 즉 정책적으로 민간 장기요양기관의 양적 확대에 치중한 결과 우

2018. 12. 11. 법률 제15881호로 노인장기요양보험법이 일부 개정되면서 제32조가 삭제되어 이 개정법률이 시행되는 2019. 12. 12.부터는 재가 장기요양기관도 노인복지법상 시설 및 인력을 갖추어 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 지정을 받아야 한다.

⁴¹²⁾ 구미영, 앞의 글, 6, 8면. 2016-2017년에 410개의 조직에서 484건의 장기요양기관 승인신청이 있었으나 340건만 승인을 받았다고 한다(구미영, 앞의 글, 7면). 장기요양기관 설립에 대한 실질적이고 엄격한 심사가 이루어지고 있는 것이다.

⁴¹³⁾ 林弘子, 앞의 논문, 484頁. 개호노동안정센터의 통계에 의하면 일본 개호시설의 운영주체는 민간기업이 56.0%, 사회복지법인이 17.4%, 의료법인이 11.4%, NPO가 4.6%, 사회복지협의회가 4.5%라고 한다(구미영 외, 앞의 보고서, 53면).

⁴¹⁴⁾ ‘충분한’ 수의 장기요양기관 확충 책무는 장기요양기관의 난립에 대한 문제의식에 따라 2018. 12. 11. 법 개정을 통해 ‘적정한’ 수의 장기요양기관을 확충할 책무로 변경되었다.

⁴¹⁵⁾ 송다영, 앞의 논문, 141면.

⁴¹⁶⁾ 한겨레, “요양병원 아닌 집에서 어르신 돌볼 수 있도록 지원 넓힌다”, 2018. 2.

리의 장기요양보험에는 공적 돌봄 시스템이 결핍되어 있다.⁴¹⁷⁾ 이러한 상황 하에서 공공시설을 2022년까지 시설 261개소, 주·야간보호소 278개소로 확충하겠다는 것이 장기요양위원회의 계획인데, 2022년까지 노인인구의 급격한 증가가 이루어져 노인돌봄을 위해 필요한 장기요양기관의 수도 큰 폭으로 증가할 점이라는 점을 고려하면 위와 같은 공공시설 확충계획은 매우 부족한 수준이다. 장기요양위원회는 위 제2차 장기요양 기본계획에서 민간기관의 과다경쟁과 지나친 영리 추구 행위, 관리 미흡에 따른 서비스 품질 저하와 공공성 저하 등이 문제되는 상황이고 일부 영세·소규모 민간기관의 과도한 경쟁구조는 규모의 경쟁 실현 한계에 따른 서비스 질 저하와 종사자 처우 개선에 한계를 드러내고 있다고 진단하고 있다.⁴¹⁸⁾ 또한 장기요양위원회는 설립주체별 기관평가 평균 점수가 지자체 87.6%, 법인 80.1%, 개인 69.7%인데 민간부문에의 과도한 의존으로 이용자 만족도와 서비스 질이 높은 공공 인프라는 부족하다고 평가하고 있기도 하다.⁴¹⁹⁾ 2017년 기준 30인 미만 기관이 69%, 30인 이상 70인 미만 기관이 16.7%, 70인 이상 기관이 14.35%를 차지하였는데, 장기요양 인프라의 양적 확대에도 불구하고 질적 측면에서 다양한 인력이 배치되어 양질의 서비스를 제공할 수 있는 적정 규모 이상의 기관이 부족하고 소규모·영세 민간기관 위주의 인프라가 증가한 상황이다.⁴²⁰⁾ 이처럼 장기요양보험의 영세한 민간기관 중심의 운영으로 인한 문제점들에 대해 인식하고 있음에도 장기요양위원회의 공공성 확충 대책은 매우 소극적인 수준에 머물고 있는 것이다. 따라서 노인장기요양보험제도의 급여의 질을 개선하고 장기요양요원의 처우를 향상시키기 위

13. <http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/832181.html> (최종방문일: 2019. 6. 3.)

417) 국가가 한편으로는 시장화, 다른 한편으로는 가족책임 기제와 결합하여 국가의 최소 개입 원칙을 고수하고 있고, 이로 인해 돌봄의 사회화 정책이 성공적으로 정착하지 못하고 있다는 주장으로는 송다영, 앞의 논문 참조. 송다영 교수는 돌봄 수요자의 자유선택은 급여의 질에 대한 책임을 국가가 아닌 가족으로 넘길 수 있기 때문에 국가 책임의 최소화와 가족책임의 강화 선상에 놓여 있다고 분석하고 있다(송다영, 앞의 논문, 136면).

418) 보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 1, 3면.

419) 보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 6면.

420) 보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 7면.

해 장기요양보험의 공공성 강화를 위한 적극적 조치를 취할 필요성이 있다.

나. 각론 - 공공성 강화 방안

공공성 강화를 위해서는 여러 방안을 상정할 수 있겠지만 공공 장기요양기관을 확충하여 이들이 장기요양급여의 질을 제고하고 장기요양요원의 처우를 개선하는 선도적 역할을 담당하게 하는 것도 그 방법 중 하나이다. 공공성 강화를 위한 공공 장기요양기관 확충 방안으로는 다음과 같은 것들을 생각해 볼 수 있다.

우선 공단의 관장 업무 중에는 장기요양급여의 제공기준을 개발하고 장기요양급여비용의 적정성을 검토하기 위한 장기요양기관의 설치 및 운영 업무가 있고(법 제48조 제2항 제13호), 위 장기요양기관을 설치할 때 노인인구 및 지역특성 등을 고려한 지역 간 불균형 해소를 고려하여야 하고⁴²¹⁾, 설치 목적에 필요한 최소한의 범위에서 이를 설치·운영하여야 한다고 정하고 있다(동조 제3항). 위 조항은 공단은 장기요양급여의 제공기준을 개발하고 장기요양급여비용의 적정성을 검토하기 위한 목적에 필요한 최소한의 범위 내에서 직영 장기요양기관을 설치·운영하도록 하고 있는데, 장기요양기관의 민영화로 인한 문제점들을 해결하기 위해서는 “최소한의”라는 문구는 삭제하고 공단이 지역 별로 복수의 직영 장기요양기관을 설치·운영하도록 하여 장기요양급여의 기준과 비용의 적정성을 검토하는 것뿐만 아니라 장기요양요원의 처우개선을 위한 선도적 역할을 하는 것이 필요하다고 생각된다.

다음으로 현 정부의 사회서비스공단 설치 공약에 대한 이행으로 대통령 직속 일자리위원회는 2017. 12. 14. 사회서비스의 공공성 및 투명성을 확보하고 종사자에게 양질의 일자리를 제공하기 위한 사회서비스원의 설립·운영방안을 발표하였다. 사회서비스원은 지방자치단체로부터 국·공립시설을 위탁받아 운영

421) 지역 간 불균형 해소를 고려하여야 한다는 내용은 2015. 12. 29. 법률 제13647호로 노인장기요양보험법이 일부개정되면서 추가되었다.

하고, 서비스 종사자들을 직접 고용하여 관리하며, 종합재가센터를 설치하여 재가서비스를 직접 제공하고, 각종 재가서비스를 통합·연계 제공하여 사업운영의 효율화를 도모하고 제공인력을 직접 고용하여 처우개선을 유도하고, 민간 제공기관에 대한 재무·회계·노무 등 상담·자문, 대체인력 파견 및 시설 안전점검 지원과 지방자치단체의 사회서비스 수급계획 수립 지원 등의 역할을 수행할 예정이다.⁴²²⁾ 이에 따라 보건복지부는 2019. 2. 12. 서울특별시, 대구광역시, 경기도, 경상남도를 사회서비스원 설립·운영 시범사업 지역으로 선정하였다.⁴²³⁾ 위 시범사업은 법률상 근거가 없이 시행되고 있는데 아래에서 보는 것과 같이 사회서비스원에 대한 법률안들이 국회에 제출되어 있어 시범사업이 진행되는 중에 사회서비스원에 관한 입법이 이루어질 것으로 예상된다.

현재 남인순의원이 대표발의한 사회서비스 관리 및 지원에 관한 법률안(의안번호 2013464, 이하 “사회서비스관리지원법안”)과 사회서비스 공공성 강화를 위한 법률안(의안번호 2015984, 이하 “사회서비스공공성강화법안”)이 국회에 계류되어 있는데 위 두 법률안의 내용은 아래와 같다.

우선 사회서비스관리지원법안에 대해 살펴보면, ① 설립·운영 주체, 법인격과 관련하여 시·도지사는 관할 지역에 서비스원 운영심의위원회의 심의 및 보건복지부와의 협의를 거친 후 사회서비스원을 설립·운영할 수 있고(제4조 제1항, 제5, 6조), 사회서비스원은 법인으로 한다(제4조 제2항). ② 사회서비스원의 담당업무로는, 국가나 지방자치단체가 설치한 사회복지시설의 운영, 사회서비스유관법률에 따른 각종 서비스 등의 제공, 사업을 수행하는 자에 대한 재무·회계·법무·노무 등에 관한 상담·자문, 위탁받은 업무, 지역 내 사회서비스의 질 제고 관련 연구·개발, 지역 내 사회서비스 수급계획 수립지원, 사회복지사 등 사회서

422) 보건복지부 홈페이지 참조.

http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=04032&CONT_SEQ=347335 (최종방문일: 2019. 6. 27.)

423) 보건복지부 홈페이지 참조.

http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0101vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=040102&CONT_SEQ=347746 (최종방문일: 2019. 6. 27.)

비스에 종사하는 사람의 처우를 개선하고, 고용의 안정성을 높이기 위한 사업, 그 밖에 따른 공공성 제고 등의 책임을 이행하기 위하여 필요하다고 시·도지사가 인정하는 사업 등이 있다(제8조 제1항). ③ 종사자 고용형태와 관련해서는, 사회서비스원은 위 사업을 수행할 경우 해당 사업에 종사하는 사람을 직접 채용할 의무를 부담한다(제8조 제2항). ④ 교육 및 서비스 질과 관련하여, 사회서비스원은 노인장기요양보험법 등 사회서비스유관법률에 따른 소관 사업을 수행하는 직원에 대해서는 해당 사업에 따른 서비스의 질 제고를 위해 정기적으로 교육, 연수 등을 실시할 의무를 진다(제14조 제3항). ⑤ 한편 사회서비스원에 대한 평가와 관련 정책의 연구·개발 등의 사무를 수행하기 위한 사회서비스지원단을 설립하여 운영하도록 하고 있다(제22 내지 26조).⁴²⁴⁾

다음으로 사회서비스공공성강화법안의 내용을 살펴보면, ① 사회서비스 공공성 강화 계획과 관련하여, 보건복지부장관은 사회서비스의 공공성을 강화하기 위하여 5년마다 사회서비스 공공성 강화 종합계획 및 연도별 시행계획을 수립하고 매년 시행계획에 따른 추진실적을 평가하고 공개하여야 한다(제5조). ② 설치 주체, 법인격, 조직과 관련하여, 시·도지사는 사회서비스 공공인프라 확충 의무를 이행하기 위해 관할 지역에 사회서비스공단을 설치하고 공단은 법인으로 한다(제6조). 시·도지사는 필요에 따라 관할 지역에 사회서비스공단의 지사를 설치할 수 있고(제19조 제1항), 사회서비스공단의 설치·운영에 관한 사항을 협의하기 위해 시·도에 민관협의회를 두고 민관협의회에는 관할 지역의 주민, 지역사회서비스 노동자 대표가 참여한다(제21조). ③ 사회서비스공단의 사업 내용, 직접 채용 의무(제8조 제1, 2항)는 사회서비스원의 그것과 유사하다. ④ 사회서비스공단에 대한 평가, 계획 수립 지원, 연구 개발 등을 수행하기 위하여 보건복지부 산하에 사회서비스지원단을 둔다(제22조 제1항).

위 두 법안은 공공 장기요양기관의 역할을 수행할 사회서비스원 또는 사회

⁴²⁴⁾ 국회 의안정보시스템 참조.

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_R1S8R0T5D0D4T1F8X3H0M1V2A6Z6Z4 (최종방문일: 2019. 7. 18.)

서비스공단의 설치·운영·평가에 대해 규율하고 있다는 점에서는 내용이 대체로 유사한데, 사회서비스공공성강화법안에서 지역주민 및 종사자의 참여권을 보장하기 위해 민관협의회 설치에 관해 정하고 있는 것이 특징적이다. 재가 장기요양요원의 경우 수급자 및 장기요양기관의 사정에 따라 일자리의 불안정성이 큰데 사회서비스원(또는 사회서비스공단)에서 이들을 직접 고용하여 각종 통합 재가서비스 제공 업무에 종사하게 한다면 고용의 불안정성 문제가 일정 부분 해소될 수 있을 것으로 기대된다. 다만 현재 사회서비스원의 설치·운영에 대한 법적 근거가 없으므로 사회서비스원 제도의 안정적·지속적 운영을 위해 사회서비스원의 설치·운영에 관한 법령을 제정할 필요가 있고, 4개소로 시작하는 사회서비스원의 추가 확충에도 힘써야 할 것으로 생각된다.

제2절 지방자치단체와의 관계

1. 조례를 통한 장기요양요원 처우 및 지위에 관한 규율

가. 장기요양요원 처우 및 지위에 관한 조례들의 개관

지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 자치법규인 조례를 제정할 수 있는데(지방자치법 제22조), 이 조례를 통해 구역 내의 장기요양요원의 처우 및 지위에 관하여 규율할 수 있다. 현재 강원도, 경기도, 경상남도, 서울특별시 등 40곳⁴²⁵⁾의 지방자치단체가 장기요양요원의 처우 및 지위에 관한 조례를 제정하였는데, 서울특별시 자치구들의 조례 제정이 활발하여 9곳(강

⁴²⁵⁾ 2019. 7. 25. 국가법령정보센터(<http://law.go.kr>)에서 검색한 결과를 기준으로 한 것이며, 장기요양요원의 처우 및 지위에 관한 조례의 숫자는 계속 증가하고 있다. 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례라는 명칭이 가장 일반적으로 사용되고, 장기요양요원 처우개선 조례라고 하는 경우도 있고, 요양보호사 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례라는 명칭을 사용하는 경우도 있다.

남구, 강동구, 강북구, 노원구, 도봉구, 동작구, 서초구, 성북구, 송파구)에서 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례가 제정되었다.⁴²⁶⁾ 위 40개의 조례들의 규율 구조는 대체로 유사한데 목적, 정의, 지방자치단체장의 책무, 세부계획의 수립 및 시행, 처우개선 사업, 장기요양요원의 신분보장, 장기요양기관의 장의 책무 등의 내용을 담고 있다. 이 중 ‘세부계획의 수립 및 시행’ 조항은 노인장기요양보험법상 보건복지부장관이 수립한 장기요양기본계획에 따라 지방자치단체의 장이 세부시행계획을 수립하여 시행할 의무(법 제6조 제2항)를 준수하기 위해 둔 것이다.

장기요양요원의 근로자성과 관련된 서울특별시와 송파구의 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례의 내용을 살펴보면, 서울특별시 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례(서울특별시 조례 제6118호, 2016. 1. 7. 제정⁴²⁷⁾, 이하 “서울특별시 조례”라고 한다)는 시장은 장기요양기관이 ‘근로기준법 등 근로관계법령을 준수’하여 장기요양요원이 관계법령에서 정하는 권리를 보장받을 수 있도록 적극적으로 독려·조치하여야 한다고 규정하고(제7조 제1항), 장기요양기관의 장은 ‘고용’하는 장기요양요원의 노동환경 개선과 복지증진을 위해 필요한 조치를 강구하여야 한다고 하여(제8조), 장기요양요원이 장기요양기관의 근로자인 것을 전제로 규정하고 있다. 서울특별시 송파구 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상 등에 관한 조례(서울특별시송파구조례 제1452호, 2018. 11. 8. 제정, 이하 “송파구 조례”라고 한다)에서도 위 서울특별

426) 요양보호사들이 서울시 장기요양요원지원센터들과 협력하여 자신이 거주하는 자치구에서 장기요양요원 처우 개선을 위한 조례 입법 운동을 하고 있고, 이러한 노력이 서울시 자치구의 조례 제정의 결실로 이어지고 있는 것이다(서울특별시 장기요양요원 종합지원센터 센터장과의 인터뷰).

427) 서울특별시의 위 조례는 노인장기요양보험법에 장기요양지원센터의 설치·운영 등에 필요한 사항을 지방자치단체의 조례로 정하도록 하는 규정(제47조의2 제2항)이 도입된 시점(2016. 5. 29.) 이전에 제정되었다는 것이 특징적이다. 서울특별시는 이미 2013. 9.경부터 (노인장기요양보험법과는 무관하게) 노인돌봄종사자종합지원센터를 운영하고 있었는데, 이의 설치 근거를 조례에 사후적으로 명시한 것이다.

시 조례와 마찬가지로 장기요양기관과 장기요양요원의 관계에 대해 근로기준법 준수(제7조 제1항), 고용(제8조)이라는 표현을 사용할 뿐만 아니라 장기요양요원의 근로조건(제4조 제2항 제2호, 제6조 제1항 제1호, 제8조)이라는 문구도 반복하여 사용하여, 장기요양요원이 근로자라는 점을 강조하고 있다. 제3장에서 살펴본 것과 같이 장기요양요원과 장기요양기관 사이에는 근로계약 관계가 성립하므로 당연한 규율이라고 할 수 있다.

그리고 지방자치단체 장의 책무 및 장기요양요원의 신분보장과 관련하여, 2019. 1. 4. 제정 및 시행된 서울특별시 강북구 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례(이하 “강북구 조례”라고 한다)는 강북구청장은 장기요양요원의 처우를 개선하고 복지를 증진하며 지위를 향상시키기 위하여 적극적으로 노력하여야 한다고 하고(제3조), 강북구청장에게 ① 장기요양기관이 근로기준법 등 노동관계법령을 준수하여 장기요양요원이 관계법령에서 정하는 권리를 보장받을 수 있도록 적극적으로 독려·조치할 의무, ② 장기요양요원이 업무와 관련하여 폭언·폭행·성희롱·성폭력으로부터 보호받을 수 있도록 적극적으로 조치를 취할 의무, ③ 장기요양요원이 장기요양기관의 운영과 관련된 위법·부당 행위 및 그 밖에 비리 사실 등을 관계 행정기관과 수사기관에 신고하는 행위로 인하여 징계 조치 등 신분상 불이익이나 근무조건상 차별을 받지 않도록 조치할 의무를 부과하고 있고(제7조), 서울특별시 도봉구 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례에서도 강북구 조례와 동일하게 규율하고 있다. 그런데 송파구 조례는 ①의 의무는 강북구 조례와 동일한 내용이지만, ②, ③의 의무는 ‘조치를 취할 의무’ 대신에 ‘노력할 의무’를 지우고 있다. 이러한 노력의무는 법적 강제력이 발생하는 법적 ‘의무’라고 보기 어렵다. 위의 강북구 조례보다 구청장의 의무가 약화된 규율 형식이다. 위 세 자치구의 조례보다 먼저 제정된 서울특별시 노원구 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례는 ①의 근로기준법 등 준수 독려·조치 의무 외에 ② 장기요양요원이 업무와 관련 위법·부당한 행위를 당할 경우 보호받을 수 있도록 적극적으로 노력할 의무를 규정하고 있다(제7조). 노력의무는 법적 의무라고 볼 수 없다는 점

은 위에서 본 바와 동일하다.

다음으로 지방자치단체장의 처우개선 사업으로는 장기요양요원의 노동 조건 및 근무 환경 개선을 위한 사업, 장기요양요원의 처우 개선 및 지위 향상을 위한 상담·조사·연구 사업, 장기요양요원의 역량 강화를 위한 교육 및 훈련 사업, 그 밖에 장기요양요원의 복지 증진을 위하여 구청장이 필요하다고 인정하는 사업을 규정하고 있다.

또한 장기요양요원지원센터의 설치 및 운영에 관한 근거 조항을 두고 있는 지방자치단체들도 많다.⁴²⁸⁾ 한편, 여주시 요양보호사 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례에서 시장이 수립하는 종합계획에 “요양보호사 보수수준의 연차적 개선 계획”을, 순창군 요양보호사 처우개선 및 지위 향상에 관한 조례에서 군수가 수립하는 세부시행계획에 “요양보호사의 보수수준 향상을 위한 계획”을 포함시킨 부분이 특징적이다.

나. 조례에 근거한 처우개선비 지급

광주광역시와 광주광역시 장기요양요원의 처우개선 및 지위향상에 관한 조례⁴²⁹⁾(이하 “광주광역시 조례”라고 한다)를 근거로 시설 근무 요양보호사에게 처우개선비를 지급하고 있다.⁴³⁰⁾ 부산광역시 기장군 요양보호사 처우 개선 및

428) 강원도, 경기도, 경상남도, 곡성군, 광주광역시, 기장군, 김해시, 나주시, 당진시, 무안군, 부산광역시, 부천시, 사천시, 서울특별시, 성남시, 수원시, 아산시, 안성시, 양산시, 영광군, 영암군, 전라남도, 전라북도, 제주특별자치도, 충청남도, 평택시가 조례에 장기요양요원지원센터에 대한 규정을 두고 있다. 이처럼 조례에 장기요양요원지원센터를 설립할 수 있는 근거 규정을 두고 있는 지방자치단체는 많지만 실제 장기요양요원지원센터를 설립하여 운영하는 곳은 매우 적다는 점은 뒤에서 살펴본다.

429) 제7조(처우개선사업) 시장은 장기요양요원의 처우개선을 위하여 다음 각 호의 사업(이하 “처우개선사업”이라 한다)을 추진할 수 있다.

1. 장기요양요원의 근무환경 개선이나 복지증진을 위한 사업

430) 노컷뉴스, “요양보호사 노조 ‘표준 시급 인상 등 처우 개선해야’”, 2019. 5. 29. <https://www.nocutnews.co.kr/news/5158660> (최종방문일: 2019. 6. 27.)

지위 향상에 관한 조례에도 처우개선수당 지급에 대한 규정이 있다(제6조 제1항 제4호, 제7 내지 10조).⁴³¹⁾ 그리고 장기요양시설 종사자 지원금을 지급하는 지방자치단체들도 있는데, 파주시가 12-16만 원, 시흥시가 15-20만 원, 성남시가 6만 원⁴³²⁾을 연간 지원금으로 지급하고 있다.⁴³³⁾ 현재는 복리후생비, 처우개선비 등 금전적 지원만 이루어지고 있는 것으로 보이는데, 향후 금전적 지원뿐만 아니라 지방자치단체 관할구역 내의 특성들을 반영한 지방자치단체의 다양한 장기요양요원의 처우개선, 복지증진, 지위향상 조치가 강구될 필요가 있다. 이러한 조치들은 지역사회돌봄을 강화하는 데에도 기여할 수 있을 것이다.

다. 장기요양기관 인증제 실시

광주광역시 조례는 ‘장기요양기관의 공공성’이라는 표제하에 시장은 장기요양기관의 운영 및 서비스 표준화를 통한 공공성을 확보하기 위하여 장기요양기관 인증제(이하 “인증제”라 한다)를 실시할 수 있고(제6조의2 제1항), 인증을 받은 장기요양기관에 대하여 필요한 행정적·재정적 지원을 할 수 있다고 정하고 있다(동조 제2항). 부산광역시 노인장기요양 지원 조례에서도 인증제에 관한 규정을 두고 있다(제6조). 지방자치단체가 장기요양기관에 대한 인증제를 도입하고 인증된 장기요양기관에 대한 지원을 하여 장기요양기관의 운영 및 서비스 표준화를 유도하는 방안도 장기요양요원의 처우 향상 및 장기요양급여의 질 향상 및 유지를 위해 검토해 볼 만하다.

431) 순창군, 여주시, 제주특별자치도도 조례에 처우개선비 지급에 관한 내용을 두고 있다.

432) 성남시의 경우 “2014~2016년 사회복지종사자 처우개선 3개년 계획”에 따라 복리후생비 명목으로 지급되었다(성남시 보도자료, 2013. 9. 9. 참조).

<https://www.seongnam.go.kr/city/1000060/30005/bbsView.do?idx=20386> (최종방문일: 2019. 6. 27.)

433) 고양신문, “노인 돌봄서비스 개선 위해 종사자 복지수당 마련해야”, 2019. 5. 2. <http://www.mygoyang.com/news/articleView.html?idxno=50735>(최종방문일: 2019. 6. 27.)

라. 실태조사 의무의 도입

위에서 본 것과 같이 보건복지부장관은 3년마다 실태조사를 실시할 의무를 부담하지만(법 제6조의2), 법상 지방자치단체의 장의 실태조사 실시의무에 대한 규율은 존재하지 않는다. 부산광역시 기장군 요양보호사 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례는 기장군수는 요양보호사의 처우개선을 위하여 3년마다 요양보호사의 일반현황 및 근무환경, 처우 등에 대해 실태조사를 실시하도록 정하고 있는데(제5조 제1항)⁴³⁴⁾, 지방자치단체의 상황에 맞는 장기요양정책을 추진하기 위해서는 그 전제로 해당 지방자치단체 구역 내의 장기요양 실태에 대한 면밀한 파악이 필요하다는 점에서 다른 장기요양요원 처우 및 지위 관련 조례에도 지방자치단체의 장의 실태조사 실시 의무에 관한 조항을 신설할 필요가 있다.

마. 처우개선 사업으로 건강증진사업 추가

수급자인 노인들이 면역력이 약하여 질병에 걸려 있는 경우가 많기 때문에 장기요양요원의 건강을 보호하기 위해 조례에 지방자치단체가 질병예방 등 건강증진 관련 사업을 하도록 명시하는 방안도 고려해 볼 만하다. 광주광역시 조례는 처우개선사업의 일종으로 “장기요양요원에 대한 건강검진 등 건강관리를 위한 사업”을 명시하고 있는데(제7조 제4호), 지방자치단체의 예산으로 장기요양요원에게 무료로 독감예방접종을 실시한 서울시의 사례⁴³⁵⁾와 같이 예방접종을 지원하는 내용, 건강검진을 지원하는 내용 등을 조례에 포함시킬 수 있을 것이다. 이는 장기요양요원의 질병을 예방함과 동시에 장기요양요원이 질병에 걸린 이후 수급자에게 옮길 위험, 장기요양요원이 질병에 걸림으로 인하여 장

⁴³⁴⁾ 강남구, 강동구, 강북구, 경상남도, 곡성군, 나주시, 노원구, 도봉구, 동작구, 무안군, 사천시, 서울특별시, 서초구, 송파구, 여주시, 영광군, 영암군, 전라남도, 제주특별자치도도 조례에 실태조사 의무를 규정하고 있다.

⁴³⁵⁾ 서울특별시 어르신돌봄종합지원센터 센터장과의 인터뷰.

기요양급여의 제공에 지장이 발생할 위험을 방지하는 효과가 있다.

바. 처우개선 사업으로 장기요양요원에 대한 사회적 인식 개선을 위한 사업
추가

광주광역시 조례는 시장이 추진할 수 있는 처우개선 사업의 내용으로 “장기요양요원에 대한 사회적 인식 개선을 위한 사업”을 명시하고 있는데, 장기요양요원에 대한 ‘국가가 공인한 파출부’, 마음대로 부릴 수 있는 가사 사용인이라는 식의 인식은 지양되고 전문자격을 소지한 돌봄 제공자라는 인식이 확대될 필요성이 있으므로 지방자치단체의 장기요양요원 처우, 지위 관련 조례에 해당 사업을 추가하는 것으로 고려할 만하다.

2. 장기요양요원지원센터의 설치 및 실질적 운영 확대 필요성

지방자치단체⁴³⁶⁾는 장기요양요원의 권리를 보호하기 위하여 장기요양요원지원센터를 설치·운영할 수 있는데, 장기요양요원지원센터는 장기요양요원의 권리 침해에 관한 상담 및 지원, 장기요양요원의 역량강화를 위한 교육지원, 장기요양요원에 대한 건강검진 등 건강관리를 위한 사업, 장기요양요원에 대한 취업 관련 정보의 제공 및 상담, 장기요양요원에 대한 사회적 인식 개선을 위한 사업, 그 밖에 장기요양요원의 권리 보호와 관련하여 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 업무를 수행한다(법 제47조의2, 법 시행령 제18조의2). 이 조항

⁴³⁶⁾ 2016. 5. 29. 법 개정으로 장기요양요원지원센터 설치 등에 관한 제47조의2 제1항이 신설될 당시에는 장기요양요원지원센터의 설치·운영 주체로 지방자치단체만 규정되어 있었는데 2018. 12. 11. 개정을 통해 국가가 설치·운영 주체에 추가되었다. 장기요양요원지원센터는 각 지방자치단체가 구역 내에 설치하는 것이 장기요양요원에 대한 밀접한 지원을 위해 적절하다고 생각되고 현재 지방자치단체가 설립한 장기요양요원지원센터만 존재하므로 이곳에서는 지방자치단체가 설립하는 경우에 관하여 살펴보기로 한다.

역시 2016. 5. 29. 장기요양요원의 처우 개선을 위한 법 개정이 이루어질 때 신설되었다. 그리고 장기요양요원지원센터는 업무를 수행하기 위해 사무실, 상담실, 교육실 등의 시설과 전문인력을 갖추어야 하고, 장기요양요원지원센터의 시설 및 전문인력 기준, 그 밖에 장기요양요원지원센터의 설치·운영 등에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다(법 시행규칙 제36조의2).

서울특별시 조례에 의하면, 시장은 장기요양요원의 처우개선 및 지위 향상을 위하여 장기요양요원의 근무환경 개선을 위한 사업, 장기요양요원의 처우개선 및 지위향상을 위한 상담, 조사, 연구 사업, 장기요양요원의 역량 강화를 위한 교육 및 훈련 사업, 그 밖에 장기요양요원의 복지 증진을 위하여 시장이 필요하다고 인정하는 사업을 추진할 수 있고(제6조 제1항), 장기요양요원 근무환경의 질적 향상과 신체적·정신적 건강관리를 위한 프로그램 운영 및 교육 상담 등의 지원을 통해 돌봄서비스의 질 향상에 기여하기 위하여 장기요양요원지원센터를 설치·운영할 수 있다(제9조 제1항). 센터는 장기요양요원에 대한 사회적 인식의 제고 및 권익의 향상에 관한 사항⁴³⁷⁾, 장기요양요원의 육체적·정신적 스트레스를 예방·해소하기 위한 건강증진에 관한 사항, 직무향상교육 등을 통한 장기요양요원 역량 강화에 관한 사항, 장기요양요원의 취업·창업 상담 지원 및 대체인력 지원에 관한 사항, 그 밖에 장기요양요원의 복리향상과 관련하여 시장이 인정하는 사항에 관한 업무를 수행한다(서울특별시 조례 제10조).

이에 근거하여 설립된 서울시 장기요양지원센터들은 서울 시내 장기요양기관에 종사하는 7만 8천여 명에 이르는 장기요양요원(요양보호사, 사회복지사, 간

⁴³⁷⁾ 장기요양요원지원센터에서 제공하기를 원하는 서비스를 묻는 설문조사에서 법률지원이 49%로 가장 높게 나타났다((사)보건복지자원연구원, 앞의 책, 85면). 장기요양요원지원센터에서는 장기요양요원의 권리 침해에 관한 상담 및 지원 업무를 담당하고 있는데, 장기요양요원 지원센터뿐만 아니라 법률구조공단 등 다른 공공적 성격의 기관을 연계하여 장기요양요원이 법률지원을 받도록 할 필요성이 있다. 위에서 살펴 본 것과 같이 장기요양기관이 노동 관계법령에 이미 규정되어 있는 사항을 위반하는 경우가 많으므로 장기요양요원들이 법적 구제절차를 이용하여 권리 구제를 받을 수 있도록 지원한다면 장기요양요원의 처우를 개선하는 데 상당히 기여할 수 있을 것이다.

호사 등)의 역량강화와 권익향상을 위한 직무향상교육, 건강증진교실, 기관방문 교육, 고충상담, 캠페인 등 다양한 지원사업을 제공하고 있는데, 2013. 11. 서울시 은평구 소재 서울시 어르신돌봄종사자종합지원센터(서북권 지원센터를 겸한다), 2016. 11. 서남권 지원센터, 2017. 7. 동북권 지원센터, 2017. 12. 동남권 지원센터가 각 개관함으로써 광역·권역별 지원센터 체계를 갖추었으며, 각 지원센터별로 2개소씩 쉼터를 조성하려는 계획에 따라 2018. 4. 서남권역의 강서구 화곡동쉼터와 서북권역의 종로구 인사동쉼터를, 2018. 12. 마포쉼터를 각 개관하였다. 2019년에는 동북권역의 노원쉼터, 동남권역의 능동쉼터도 개소하였다.⁴³⁸⁾ 이들 센터 및 쉼터에서는 인권교육, 직무향상교육, 권익보호를 위한 노무상담 및 정보제공, 고충상담, 취업상담, 소진예방 프로그램, 근골격계 질환 예방 프로그램, 정책 연구, 소모임 등이 진행되고 있다.

이와 같이 국가 및 지방자치단체가 장기요양요원지원센터를 설립할 수 있는데, 장기요양요원지원센터는 장기요양요원의 권익보호 뿐만 아니라 심리 상담, 교육 등 다양한 긍정적인 역할을 수행하고 있고, 앞에서 본 바와 같이 법 제35조의4 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 장기요양요원의 고충을 해소하기 위하여 장기요양요원지원센터에 심리·법률·고충 분야의 전문가로 구성된 자문위원회를 둘 수 있도록 하고 있으므로(법 시행령 제18조의2), 장기요양요원 지원센터 설립을 전국적으로 확대할 필요성이 있다. 그리고 현재 장기요양요원 지원센터가 설립된 곳은 서울, 인천, 수원 등 소수에 불과한데, 서울 지역 외에는 장기요양요원을 직접적으로 지원할 수 있는 인적·물적 설비를 갖추지 못하고 있는 상황이다. 따라서 장기요양요원지원센터의 설립을 확대할 뿐만 아니라, 설립된 장기요양요원지원센터가 실제로 충실하게 운영되어 장기요양요원을 보호하고 지원하는 역할을 제대로 수행할 수 있도록 하여야 한다.

⁴³⁸⁾ 연합뉴스, “서울시, 요양보호사 등 돌봄 종사자 쉼터 3곳 추가”, 2019. 3. 14.
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20190313151200004?input=1195m>(최종방문일: 2019. 6. 3.)

제3절 장기요양요원의 사회보장행정 참여

근래에 논의되고 있는 거버넌스(governance) 개념은 국가의 일방적이고 수직적인 의사결정의 문제점을 인식하고, 정책결정으로 영향을 받는 이해당사자들(정부, 지방자치단체, 비정부기구, 시민들, 다양한 이익단체들)을 논의와 정책결정과정에 참여시켜 사회갈등을 해결하고 결정에 책임을 지게 하는 공동의사결정의 방식을 반영하고 있고, 이러한 거버넌스는 민주적 의사결정 즉 민주주의의 실현 방식으로 이해되고 있다.⁴³⁹⁾ 그리고 민주적인 의사결정이 이루어지기 위해서는 의사결정으로 영향을 받을 모든 이해관계자들이 가능한 한 모두 논의와 의사결정 과정에 포함될 수 있어야 하고, 이들 모두가 동등한 자격을 갖는 참여자들로 인식되고 대우받아야 한다.⁴⁴⁰⁾ 즉 민주주의가 제대로 작동하려면 의사결정에 이해당사자들 또는 시민의 참여를 보장하여야 한다.⁴⁴¹⁾

이와 관련하여 공공기관의 갈등 예방과 해결에 대한 규정(2016. 1. 22. 대통령령 제26928호로 일부개정된 것)은 제6조에서 ‘참여와 절차적 정의’라는 표제하에 “중앙행정기관의 장은 공공정책을 수립·추진할 때 이해관계인·일반시민 또는 전문가 등의 실질적인 참여가 보장되도록 노력하여야 한다.”, 제7조에서 ‘이익의 비교·형량’이라는 표제하에 “중앙행정기관의 장은 공공정책을 수립·추진할 때 달성하려는 공익과 이와 상충되는 다른 공익 또는 사익을 비교·형량하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 거버넌스의 이상이 위 규정에서 강조하고 있는 실질적 참여와 절차적 정의의 보장으로 명문화된 것이다.⁴⁴²⁾

그리고 사회보장기본법은 “국가와 지방자치단체는 사회보장제도의 정책 결정 및 시행 과정에 공익의 대표자 및 이해관계인 등을 참여시켜 이를 민주적으로 결정하고 시행하여야 한다.”라고 규정하고 있는데(사회보장기본법 제25조 제3

439) 김도균, “공동의사결정으로서의 거버넌스와 절차적 정의: 세 가지 모델”, 『국정관리연구』 제4권 제2호, 2009, 3-4면.

440) 김도균, 앞의 논문, 16면.

441) 김도균, 앞의 논문, 4면.

442) 김도균, 앞의 논문, 6면.

항), 장기요양요원도 노인장기요양보험제도의 주체 중 하나로서 중요한 이해관계인에 해당하므로 노인장기요양보험제도의 정책 결정 및 시행 과정에 참여시켜야 한다. 또한 장기요양요원의 처우를 개선하기 위해서는 장기요양요원의 의견이 장기요양 정책 및 제도설계에 반영될 수 있는 절차적 권리를 확보하는 것이 필요하다.⁴⁴³⁾

그런데 장기요양보험료율, 재가 및 시설 급여비용 등 주요 사항을 심의하기 위해 보건복지부장관 소속으로 설치한 장기요양위원회의 구성을 살펴보면(노인장기요양보험법 제45조), ① 근로자단체, 사용자단체, 시민단체(비영리민간단체지원법 제2조에 따른 비영리민간단체를 말한다), 노인단체, 농어업인단체 또는 자영업자단체를 대표하는 자, ② 장기요양기관 또는 의료계를 대표하는 자, ③ 대통령령으로 정하는 관계 중앙행정기관의 고위공무원단 소속 공무원, 장기요양에 관한 학계 또는 연구계를 대표하는 자, 공단 이사장이 추천하는 자로 구성되고(법 제46조), 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원의 참여를 보장하고 있지 않다.

이와 관련하여 석재은 교수는 한국의 장기요양정책에서 돌봄정치의 주체는 정부였고, 돌봄수혜자와 돌봄제공자 모두 의사결정과정에서 배제되어 있었으며, 돌봄당사자들은 장기요양정책 결정과정과 장기요양정책의 문제점에 대해 목소리를 낼 수 있는 참여구조를 갖고 있지 못하였다고 지적하고 있는데⁴⁴⁴⁾, 이제라도 장기요양에 관한 의사결정 과정에 수급자와 장기요양요원의 참여를 보장할 필요가 있다.

따라서 장기요양위원회에 장기요양요원, 수급자를 대표하는 사람이 참여할 수 있도록 법에 규정하는 등의 방식으로 장기요양요원, 수급자의 의견이 장기요양 정책 및 제도설계에 반영될 수 있는 절차적 권리가 보장되어야 한다. 법 제46조 장기요양위원회의 구성 제2항 제3호로 ‘장기요양요원을 대표하는 자’⁴⁴⁵⁾, 제4호로 ‘수급자를 대표하는 자’를 각 추가하여야 할 것이다.

443) 석재은(2010), 앞의 논문, 43면.

444) 석재은(2018), 앞의 논문, 83면.

445) 윤지영, 앞의 글, 88면.

이와 관련하여 앞에서 본 사회서비스공공성강화법안에서 민관협의회를 설치하고 지역 주민, 지역서비스 노동자 대표가 참여하게 한 것은 시사하는 바가 크다. 또한 호주 연방의회 상원 위원회(The Senate Community Affairs References Committee)가 2017년 ‘장기요양인력의 미래’라는 주제의 보고서를 발간하면서 연방정부 등을 대상으로 발표한 권고안에는, 장기요양기관, ‘간호사, 요양보호사 등 관련 노동자의 대표’와 소비자, 자원봉사자, 원거리 지역의 서비스 제공 관련 그룹의 대표가 장기요양인력전략 태스크포스의 구성원으로 포함되어야 한다고 권고하고 있는데⁴⁴⁶⁾, 우리나라도 장기요양정책 결정에서 장기요양요원의 절차적 참여권을 적극적으로 보장할 필요가 있다.

⁴⁴⁶⁾ 구미영, 앞의 글, 9-10면.

제6장 결론

이상의 연구를 통해 장기요양보험제도의 지속가능한 발전을 위해서는 장기요양요원과 장기요양보험제도 내의 다른 주체들 사이의 관계 및 장기요양요원의 법적 지위에 대한 검토가 중요하다는 점을 확인할 수 있었다.

우선 장기요양요원과 장기요양기관 사이의 관계는 근로계약 관계에 해당하고 장기요양기관은 장기요양요원의 사용자로서 근로자를 보호하기 위해 마련된 근로기준법을 비롯한 각종 노동 관계법령상의 의무를 이행할 책임을 부담하지만, 이러한 의무가 이행되지 않는 경우가 많다. 장기요양기관에 대한 고용노동부의 근로감독, 장기요양요원에 대한 노동법 교육, 법률 지원 등을 통하여 근로기준법 위반 관행이 시정되게 하여야 한다.

그런데 장기요양요원의 돌봄노동은 사용자인 장기요양기관과의 관계에서 근로자인 장기요양요원을 보호하는 측면만 살펴보는 것만으로 충분하지 않고, 돌봄을 필요로 하는 취약성을 지니고 있으면서도 한편으로는 장기요양요원에 대해 선택권을 행사하고 업무외행위를 강요하기도 하는 수급자와 장기요양요원 사이의 복합적 관계가 고려되어야 한다. 장기요양요원과 수급자 사이에는 직접적인 계약관계가 존재하지 않으며, 장기요양요원은 장기요양기관의 근로자이지 수급자의 근로자가 아니다. 수급자는 장기요양기관과 체결한 장기요양급여제공 계약에 따라 장기요양요원으로부터 용역(급여)을 제공받는 관계에 있고, 따라서 수급자에게는 장기요양요원에게 장기요양급여의 범위를 벗어나는 업무를 지시할 권한이 없다. 수급자가 아닌 수급자의 가족도 장기요양요원에게 장기요양급여의 범위를 벗어난 다른 업무를 지시할 수 없음은 물론이다. 그런데 장기요양급여의 구체적 범위가 명확하지 않고 수급자 또는 수급자의 가족이 장기요양요원을 본인들이 고용한 근로자 즉 가사사용인으로 잘못 생각하는 경우가 많기 때문에 업무외행위를 강요하는 등의 문제가 발생한다. 수급자가 받는 급여의 질을 향상시키고 돌봄을 필요로 하는 취약한 약자로서의 수급자의 권익을 보호하기 위한 수급자의 선택권은 존중되어야 하겠지만 선택권의 행사 범위와

한계에 대한 인식의 확대 또한 요구된다. 또한 선택권이 허울뿐인 것으로 전략하지 않기 위해서는 수급자에 대한 충분한 정보 제공과 교육, 수급자와 장기요양요원(장기요양기관) 사이의 활발한 의사소통의 보장, 민고 돌봄을 의뢰할 있는 건실한 장기요양기관의 양성이 필요하다는 점 역시 간과되어서는 아니 된다.

그리고 무엇보다 장기요양급여의 질을 개선하고 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원의 처우를 향상시키기 위해서는 장기요양보험의 공공성 확대가 요구된다. 현재까지의 장기요양제도는 장기요양요원의 ‘개인지’에 장기요양급여의 질을 맡겨 왔다고 해도 과언이 아니다. ‘시스템’이 받쳐주지 않는 상황에서 ‘개인지’로 제공하는 급여는 그 질의 편차가 클 뿐만 아니라 지속적이고 안정적인 제공도 담보할 수 없다. 영세한 민간 장기요양기관에게 수급자에게 제공하는 급여의 질을 향상시키기 위한 경쟁과 장기요양요원의 고용 안정을 기대하기는 어렵기 때문이다. 장기요양보험제도를 통한 노인 돌봄의 사회화가 의미하는 것은 더 이상 노인 돌봄의 책임을 개인에게 맡겨 두지 아니하고 국가와 사회가 책임진다는 것이므로, 부분적으로 진행된 노인 돌봄의 사회화를 확대하려는 노력을 계속할 필요가 있다.

또한 『제2차 장기요양기본계획(2018-2022)』에 따라 지역사회돌봄⁴⁴⁷⁾을 강화할 계획인데, 현행 지방자치단체들의 장기요양요원 처우 개선에 관한 조례들은 대부분의 내용이 대동소이하고, 추상적이고 원론적인 내용 위주로 구성되어 있다. 지역사회돌봄의 강화는 공급자(국가) 중심의 전국적으로 표준화된 급여에서, 지방자치단체와 주민이 참여하고 민관이 협력하는 방식을 통해 지역사회에 적합한 급여로, 급여의 내용과 방식을 개별화, 다양화하는 것을 포함한다. 지역사회 실정에 맞는 장기요양급여를 제공하기 위해서는 지역의 역할이 중요하고 앞으로 더욱 강조될 것으로 예상되는데, 이를 위해 지방자치단체의 조례

447) 다만 지역사회돌봄을 강조하면서 그에 걸맞는 급여의 양 확대 및 질 제고가 이루어지지 않을 경우 장기요양급여가 제공되는 시간을 제외한 나머지 시간의 돌봄은 가족의 몫으로 남거나 돌봄의 공백 상태가 되어 돌봄의 사회화에 역행하는 결과가 발생할 수 있다는 점을 유념해야 한다.

에 장기요양급여, 장기요양요원의 처우와 관련된 내용을 실질적으로 규율함과 동시에 급여의 내용과 방식 등에 관한 결정 과정에 지역공동체 구성원들의 참여를 보장하는 내용을 규정하는 것을 적극적으로 고려할 만하다.

뿐만 아니라 장기요양요원의 처우 개선을 위해서는 최저임금보다 약간 높게 형성된 현재의 수준보다 높은 급여비용이 지급되어야 할 것이고 이를 위해 현행 18% 수준인 장기요양보험에 대한 국고지원 비율의 확대도 필요하다.⁴⁴⁸⁾ 영국에서 최근에 기존 돌봄 종사자의 근로 조건을 개선하기 위하여 돌봄 종사자에 대한 법적 보호를 강화하고 있지만 한정된 예산 하에서 단순히 법적인 권리를 강화하는 것은 노동시장에 긍정적인 영향을 주기 어렵다는 우려의 목소리가 높다는 사실⁴⁴⁹⁾은 우리에게도 시사하는 바가 크다. 노인을 위한 사회복지 인프라의 확충과 그 급여내용의 내실화를 지속적으로 추구하여 사회복지수급권의 실효성을 담보하기 위해서는 국가 및 지방자치단체의 사회보장재정에 관한 적극주의 채택과 아울러 정치논리의 영향에서 벗어나 사회보장법원리에 충실한 제도수립을 하는 것이 그 관건이 될 것이며, 이는 ‘상생적 고령화사회’를 지향하기 위해서 반드시 해결하지 않으면 안 될 우리 모두의 숙제이기도 하다.⁴⁵⁰⁾

한편, 국민의 권리에 영향을 미치는 사항은 법률에 규정하여야 하고, 행정규칙 등 하위법령에 위임하더라도 그 대강을 예측할 수 있도록 본질적인 사항은 법률에 규정하여야 하는데, 장기요양기관의 권리에 상당한 영향을 미치는 사항임에도 시행규칙 또는 고시에 규정된 경우가 존재한다. 몇 차례의 법 개정을 통해 전문인배상책임보험에 대한 조항, 업무외행위에 대한 조항이 노인장기요양보험법에 추가되었지만, 근로계약 체결, 인건비 지출비율의 최소한도 또는 산정 기준 등 성질상 법규명령으로 규정되어야 하는 사항들은 법률로 규정할 필요가 있다.

448) 보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 29면.

449) 남궁준·김근주, “지속가능성과 노동의 관점에서 본 영국 사회서비스 정책의 최근 동향”, 『국제사회보장리뷰』 2019 봄호 Vol. 8, 45면.

450) 이흥재, “고령자의 사회보장법적 지위 - 국민연금법과 노인복지법을 중심으로 -”, 『한일법학』 제20집, 2001, 201-202면.

장기요양요원은 장기요양을 둘러싼 돌봄관계 중 가장 취약한 고리에 해당하지만⁴⁵¹⁾, 동시에 장기요양제도의 필수불가결한 구성요소이기도 하다. 2008. 7. 노인장기요양보험제도가 처음 시행된 이래로 10년이 흘렀다. 2008년 노인돌봄이 사회보험화 되면서 수급자의 권익 향상에 상당한 기여를 이끌어 냈다면 이제는 돌봄노동자인 장기요양요원의 권리와 인권 보장에도 함께 관심을 가져야 할 시기이다.⁴⁵²⁾ 내가 대접을 받고자 하는 대로 네 이웃을 대접하라는 황금률은 여기에서도 적용된다. 돌봄을 제공하는 장기요양요원에게 인격적인 대우를 하면 장차 내가 돌봄을 요하게 되었을 때 보다 인격적인 돌봄을 받을 것을 기대할 수 있게 되는 것이다. 장기요양급여는 장기요양요원을 통해서만 제공될 수 있고, 장기요양요원의 근로조건이 개선되고 권리가 신장될 때 장기요양요원 인력 풀에 양질의 노동력이 지속적으로 공급될 수 있을 뿐만 아니라 기존 장기요양요원의 장기근속 및 그로 인한 전문성 향상에 따라 궁극적으로 수급자에게 제공되는 장기요양급여의 질 향상을 기대할 수 있기 때문이다. 이를 위해서는 제도를 설계하고 시행하는 국가, 지방자치단체, 공단뿐만 아니라 수급자, 그 보호자, 장기요양기관 운영자 등의 장기요양요원에 대한 인식의 전면적 전환이 요구된다. 인식의 전환을 위해서는 장기요양요원의 처우 개선뿐만 아니라 장기요양요원의 전문성과 숙련도를 높이기 위한 교육의 강화, 전문성에 따른 차별화된 직무의 부여, 돌봄노동의 사회적 인식 변화를 위한 연구와 지속적인 홍보 등 여러 측면에서의 종합적 조치가 필요하다. 그러한 점에서 수급자의 인권, 권리보장을 담당하는 장기요양보장을 지원하는 법제도, 즉 ‘지원하는 자를 지원하는 법학’이 필요하다는 하라다 케이이치로 교수의 말⁴⁵³⁾은 귀담아 들을 만하다.

장기요양요원의 지위를 향상시키고 처우를 개선하려는 이상의 모든 논의 과정에서 장기요양제도의 존재 목적인 수급자의 관점이 배제되어서는 아니 된다. 장기요양제도는 돌봄 제공을 통해 수급자의 인간다운 생활을 할 권리를 보장

451) 허남재·석재은, 앞의 논문, 302면.

452) 허남재·석재은, 앞의 논문, 297면.

453) 原田啓一郎, 앞의 논문, 44頁.

하는 것을 존재의 목적으로 하므로, 장기요양요원의 권리 보장으로 인하여 수급자의 정당한 권리가 침해되는 일이 발생해서는 아니 되고, 장기요양요원의 처우 개선을 통해 궁극적으로 수급자에게 보다 나은 돌봄이 제공될 수 있도록 하여야 한다.

장기요양은 우리 모두가 함께 책임져야 할 공공의 문제이다. 그리고 장기요양요원의 돌봄노동은 시장의 수요·공급에만 맡길 수 없다. 돌봄노동, 돌봄관계의 특징은 무엇인가. 그 특징은 일의 완성, 업무의 처리 등을 목적으로 하는 여타의 노동과는 달리 인간을 목적으로 하는 인간의 노동이라는 점이다. ‘인간을 인간으로 대접하는 것’, ‘생명을 생명으로 존중하는 것’이 돌봄의 중심과제가 되어야 한다. 이러한 과제는 돌봄을 필요로 하는 수급자뿐만 아니라 돌봄을 제공하는 장기요양요원에 대해서도 실현되어야 함은 물론이다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

[단행본]

- 강영희 편, 『생명과학대사전 9』, 도서출판 여초, 2014.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김석준, 『고령사회와 노인장기요양시설』, 한국학술정보(주), 2009.
- 김유성, 『한국사회보장법론』, 법문사, 2001.
- 김인철·견진만·윤광진, 『노인장기요양보험법에 대한 입법평가』, 한국법제연구원, 2009.
- 김정순, 『일본의 노인복지법제』, 한국법제연구원, 2004.
- 김정순·이종영, 『고령사회의 노인복지 전문인력 양성에 관한 법제연구』, 한국법제연구원, 2004.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2005.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 2018.
- 김혜경 편, 『노인돌봄』, 양서원, 2011.
- 도종환, 『당신은 누구십니까』, 창작과비평사, 1993.
- 박광준, 『노령사회의 노인복지정책 - 국제비교적 관점-』, 현학사, 2004.
- 박 인, 『노인장기요양보험제도의 입법과정과 내용』, 한국법제연구원, 2008.
- 양 건, 『헌법강의』, 법문사, 2013.
- 윤찬영, 『사회복지법제론』, 나남, 2010.
- 이광재, 『노인요양보험제도의 이해』, 공동체, 2007.
- 이흥재·전광석·박지순, 『사회보장법』, 신조사, 2013.
- 이흥재 편, 『사회보장판례연구』, 법문사, 2010.
- 임종률, 『노동법』, 박영사, 2018.
- 전광석, 『한국사회보장법론』, 집현재, 2014.

전광석·박지순·김복기, 『사회보장법』, 신조사, 2018.

제정임 편, 『황혼길 서러워라』, 오월의봄, 2013.

최인희·김영란·이아름·박신아, 『노년기 가족돌봄의 위기와 지원방안 연구』, 한국여성정책연구원, 2014.

[번역서]

마이니치신문 간병살인 취재반, 『간병 살인』, 남궁가운 역, 시그마북스, 2018.

요시무라 카츠미, 『일본의 개호복지』, 박성호 역, 제이앤씨, 2005.

조안 트론토, 『돌봄민주주의』, 김희강·나상원 역, 아포리아, 2014

테드 C. 피시먼, 『희색 쇼크』, 안세민 역, 반비, 2011.

프랑크 쉬르마허, 『고령사회 2018』, 장혜경 역, 나무생각, 2011.

에바 F. 키테이, 『돌봄: 사랑의 노동』, 김희강·나상원 역, 박영사, 2016.

헬드, 『돌봄: 돌봄윤리』, 김희강·나상원 역, 박영사, 2017.

NHK스페셜 제작팀, 『노후파산』, 김정환 역, 다산북스, 2016.

[학위논문]

박용근, “노인복지법제의 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 전북대학교 박사학위논문, 2012.

박정연, “복지서비스의 민간공급에 관한 공법적 규율 - 노인요양서비스를 중심으로-”, 고려대학교 박사학위논문, 2015.

방강수, “감정노동자의 법적 보호”, 한양대학교 박사학위논문, 2019.

손미정, “고령자의 사회보장권에 관한 연구”, 계명대학교 박사학위논문, 2007.

신권철, “정신질환자의 법적 지위: 배제에서 통합으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2012.

오대영, “장애인의 접근권 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2009.

이울경, “고령자 근로권의 보장에 관한 연구 - 정년제에 대한 비판적 고찰-”, 서울대학교 박사학위논문, 2016.

장승혁, “사회보험법과 사회연대 원리”, 서울대학교 박사학위논문, 2017.

[학술논문]

권나경·양난주, “노인과 요양보호사의 갈등에 관한 연구”, 『노인복지연구』 제73권 3호, 한국노인복지학회, 2017.

권현정 외, “요양보호사의 불안정 노동과 이직을 둘러싼 제도적 관계”, 『사회복지정책』 제45권 제3호, 2018.

권현정·홍경준, “요양보호사의 근로조건과 장기요양서비스 질에 관한 연구”, 『한국사회보장학회 정기학술발표논문집』 2016권2호, 한국사회보장학회, 2016.

김고은 외, “감정노동자인 요양보호사의 경험에 관한 연구 - 재가요양보호사의 처우개선을 중심으로-”, 『한국케어매니지먼트연구』 제12호, 2014.

김광병·심의경, “요양보호사의 법적지위에 관한 연구”, 『사회복지법제연구』 제8권 제1호(통권 제9호), 사회복지법제학회, 2017.

김도균, “공동의사결정으로서의 거버넌스와 절차적 정의: 세 가지 모델”, 『국정관리연구』 제4권 제2호, 2009.

김명용, “독일의 노인장기요양보험제도의 법적 문제”, 『공법학연구』 제15권 제1호, 한국비교공법학회, 2014.

김명중, “일본의 개호노동 현황과 정부대책에 대해서”, 『국제노동브리프』 2010년 4월호, 2010.

김복기, “사회적 기본권의 법적 성격 - ‘인간다운 생활을 할 권리’를 중심으로 -”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014.

김송이, “돌봄서비스 노동자들의 노동 경험 연구: 감정노동과 관계적 노동 속성을 중심으로”, 『여성연구』 제82권 1호, 2012.

김재왕, “장애인 활동지원 제도와 노인 장기요양보험 제도 사이 사각지대”, 『사회복지법연구』, 경인문화사, 2019.

김정희·김태동, “요양보호사의 근로자성과 법적지위 검토”, 『사회복지법제연구』

- 제9권 제1호(통권 제11호), 2018.
- 김진·이서영, “노인요양시설 케어인력의 역할 및 역량에 관한 연구”, 『보건사회 연구』 제33권 2호, 2013.
- 김진곤, “노인 일자리의 창출과 고용안정을 위한 입법적 과제”, 『한국사회정책』 제16권 1호, 한국사회정책학회, 2009.
- 김진곤, “사회보장법영역에서 포괄위임입법금지원칙의 적용과 그 한계”, 『사회 보장법학』 제3권 제1호, 2014.
- 김찬우, “노인장기요양보험제도의 사각지대 규명과 해소 방안에 대한 고찰”, 『한국정책학회보』 제23권 2호, 2014.
- 김희강, “돌봄과 돌봄 없는 정치이론”, 『한국정치학회보』 52집 2호, 한국정치학회, 2018.
- 김희강, “돌봄: 헌법적 가치”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018.
- 남궁준·김근주, “지속가능성과 노동의 관점에서 본 영국 사회서비스 정책의 최근 동향”, 『국제사회보장리뷰』 2019 봄호 Vol. 8.
- 남찬섭, “사회서비스 전달체계 개편의 전개과정과 함의 및 전망”, 『사회복지법 연구』, 경인문화사, 2019.
- 노재철, “사회복지시설 종사자들의 처우와 노무관리상의 문제점”, 『일감법학』 제34호, 건국대학교 법학연구소, 2016.
- 류임량, “제도화된 돌봄노동자의 역할 구성과 직업지위 - 재가 요양보호사의 사례를 중심으로”, 『페미니즘 연구』 제17권 2호, 한국여성연구소, 2017.
- 박은정, “돌봄노동자의 근로자성”, 『이화젠더법학』 제2권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2011.
- 박수지, “독일 돌봄 인력의 현황과 정책 동향”, 『국제사회보장리뷰』 2019 봄호 Vol. 8.
- 박승두, “노인장기요양보험제도의 기본구조에 관한 연구”, 『법학논집』 제29집,

2007.

박현식, “노인장기요양보험법의 법제적 문제점과 개선방안”, 『법학연구』 제51권, 한국법학회, 2013.

방준식, “돌봄사업과 돌봄노동에 관한 법적 과제 - 노인요양서비스를 중심으로-”, 『법학논총』 제29집 제2호, 2012.

브라이오니 도·다이앤 김슨·줄리 바일스, “호주의 노인 돌봄 최근 동향”, 『국제사회보장리뷰』 2018 겨울호 Vol. 7.

석재은, “공급자 관점에서의 노인장기요양보험제도의 개선방안”, 『보건복지포럼』, 2010.

석재은, “돌봄정의(Caring Justice) 개념구성과 한국 장기요양정책의 평가”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018.

석재은·류임량, “재가 장기요양에서 경력직 요양보호사 역할모형 개발에 관한 탐색적 연구”, 『노인복지연구』 제73권 2호, 한국노인복지학회, 2018.

손덕순, “요양보호사 제도에 관한 고찰”, 『한국노년학연구』 제22권, 2013.

송다영, “돌봄의 사회화와 복지국가의 지연(遲延)”, 『한국여성학』 제30권 4호, 2014.

신권철, “노인 돌봄과 학대의 법적 쟁점과 과제”, 『저스티스』 통권 제146-1호, 2015.

신권철, “사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰”, 『노동법연구』 제43호, 서울대노동법연구회, 2017.

신권철, “정신보건법상 강제입원제도의 문제점과 개선방안 -물화(物化)되는 인격적 주체성의 복원을 중심으로-”, 『서울法學』 제22권 제2호(Ⅱ), 2014.

신태휴 외, “요양보호사의 전문성 인식이 서비스 질에 미치는 영향”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제18권 9호, 2016.

양난주, “가족요양보호사의 발생에 대한 탐색적 연구: 한국의 노인장기요양보험제도에서 가족은 왜 요양보호사가 되었나?”, 『한국사회정책』 제20집 제2호, 2013.

- 엄기욱·박인아, “노인장기요양기관 유형별 요양보호사의 부상 및 인권침해 경험 이직의도에 미치는 영향 연구”, 『한국사회복지조사연구』 제43권, 2015.
- 오세근, “요양보호사 수발노동의 실태와 노동조건 개선을 위한 정책 과제 - ‘괜찮은 일자리(Decent work)’ 여부 판별을 중심으로”, 『사회연구』 통권 20호, 2010.
- 윤애림, “간병인의 근로자성과 노동법적 보호 방안”, 『노동법학』 제48호, 한국노동법학회, 2013.
- 윤진아, “노인장기요양보험법상 요양급여의 질관리를 위한 법제 현황과 개선방안”, 『한양법학』 제29권 제1집(통권 제61집), 한양법학회, 2018.
- 이상윤, “노인 사회복지제도에 관한 현행 법체계의 정립”, 『노동법논총』 제14호, 한국비교노동법학회, 2008.
- 이영배, “요양보호사의 근로자성”, 『노동법학』 제35호, 한국노동법학회, 2010.
- 이율경, “아이돌보미의 법적 지위와 쟁점”, 『사회법연구』 제35호, 2018.
- 이준일, “사회보장 영역에서 법률유보원칙 - 의회유보원칙을 중심으로-”, 『사회보장법학』 제3권 제1호, 2014.
- 이지원, “초고령화사회에 따른 노인건강의료분야의 문제점과 개선방안”, 『법학연구』 제25권 제4호, 2017.
- 이철수, “고령자 고용과 정년제의 법적과제”, 『노동법연구』 제15호, 서울대학교노동법연구회, 2003.
- 이혜승·유승현, “노인 요양보호사의 인력운영 현황과 개선방안 - 요양보호사와 시설장의 인식을 중심으로”, 『한국공공관리학보』 제27권 제3호, 한국공공관리학회, 2013.
- 이흥재, “고령자의 사회보장법적 지위 - 국민연금법과 노인복지법을 중심으로-”, 『한일법학』 제20집, 2001.
- 장경섭, “압축적 근대성과 노인문제의 재인식: ‘신세대’로서의 노인”, 『가족과 문화』 제13집 1호, 2001.

- 장봉석·박정연, “노인돌봄체계의 개선방안에 관한 법적 고찰 - 재가(가정방문형)서비스를 중심으로-”, 『법학연구』 통권 제58집, 전북대학교 법학연구소, 2018.
- 전광석, “한국 노령보장법제의 현황과 과제: 소득보장을 중심으로”, 『사회보장연구』, 1991.
- 전광석, “한국의 노인장기요양 관련 법제도의 현황과 과제”, 『사회보장법학』 제2권 제1호, 한국사회보장법학회, 2013.
- 전찬희, “요양보호사의 노동인권에 관한 고찰”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제13권 5호, 한국콘텐츠학회, 2013.
- 전광석, “사회보장법의 현황과 과제”, 『사회복지법연구』, 경인문화사, 2019.
- 정상양, “노인장기요양보험 치매대응형서비스의 현황과 과제”, 『한국케어매니지먼트연구』 제26호, 2018.
- 정현명, “한국 노인복지법제의 현황과 과제 - 소득보장을 중심으로”, 『법학논총』 제30호, 숭실대학교 법학연구소, 2013.
- 정희선, “노인장기요양보험법 제정사”, 『사회보장법연구』 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2012.
- 조남경, “사회서비스의 가치와 지향, 한계, 그리고 가능성: 이용자 중심성으로 본 사회서비스의 변화와 발전”, 『사회서비스연구』 Vol. 7 No. 1, 한국사회서비스학회, 2017.
- 조성혜, “가사근로자의 법적 지위와 ‘가사근로자의 고용개선 등에 관한 법률안’ 분석”, 『법과 정책연구』 제18집 제2호, 2018.
- 차성안, “장애등급제 폐지와 장애인 권리구제를 위한 법원의 역할”, 『이화여자대학교 법학논집』 제23권 제1호 통권 63호, 2018.
- 최호영, “장기요양기관 종사자 직접 근로계약체결에 관한 소고”, 『사회보장법연구』 제3권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2014.
- 캐럴라인 글렌디닝, “위기에 처한 영국의 사회적 돌봄: 잉글랜드를 중심으로, 『국제사회보장리뷰』 2018 겨울호 Vol. 7.

- 허남재·석재은, “재가 장기요양 돌봄노동의 특성과 돌봄관계에 대한 시민권적 접근”, 『노인복지연구』 통권 63호, 한국노인복지학회, 2014.
- 허라금, “관계적 돌봄의 철학: ‘필요의 노동’을 넘어 ‘정치적 행위’로”, 『사회와 철학』 제35집, 2018.
- 허라금, “여성 이주 노동의 맥락에서 본 보살핌의 상품화”, 『시대와 철학』 제19권 4호, 2008.
- 현외성, “노인복지학의 탐색: 노인복지 연구동향과 학문적 과제”, 『노인복지연구』 통권 44호, 한국노인복지학회, 2009.

[연구보고서 등]

- 건강보험공단, “고시및세부사항개정관련Q&A”, 2018. 7. 3.
- 건강보험공단, “2017년도 요양보호사직무교육 교재”, 2017.
- 건강보험공단, “2018 상반기 노인장기요양보험 주요통계”, 2018.
- 건강보험공단 보도자료, “국민건강보험공단 서울요양원 재가복지센터 개소”, 2018. 6. 8.
- 고봉은, “장기요양보험제도, 이용자의 선택권은 없다”, 노인장기요양보험 전면 개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.
- 고용노동부, 『감정노동 종사자 건강보호 핸드북』, 한국산업안전공단, 2017.
- 국가인권위원회 보도자료, “노인 복지시설과 장기요양기관 인권교육 강화 제도적 기반 필요”, 2016. 10. 26.
- 국민건강보험공단, “2006년 건강보험 주요통계”, 2007.
- 구미영, “요양보호사의 돌봄노동은 사회적으로 인정받고 있는가”, 이화여자대학교 젠더법학연구소 학술세미나자료집, 2019.
- 구미영·이재경·천재영·박수경·김진석·최경숙·이정민, 『돌봄노동의 사회적 가치에 대한 해외 정책사례 연구: 노인 요양보호사를 중심으로』, 한국여성정책연구원, 2018.
- 구미영·황신정, “노인복지법 제정사”, 서울대학교 대학원 사회보장법 발표자료

(미간행).

국가인권위 상임위원회 결정, “요양보호사 노동 인권 개선 정책권고”, 2012. 7.

2.

김상균, “사회복지개론”, 『가정봉사원의 활동과 실제』, 사단법인 한국재가노인 복지협회, 1997.

문설희, “요양보호사가 바라본 노인장기요양보험 1년”, 월간 복지동향, 제130호, 2009.

문혜진, “서울시 노인장기요양서비스 이용 현황과 특성”, 『복지이슈 Today』 vol. 75, 서울시복지재단, 2019.

보건복지부, “노인장기요양보험제도 설명자료”, 2008. 6. 10.

보건복지부, “보도설명자료”, 2018. 9. 10.

보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018.

보건복지부, “2019년도 노인돌봄서비스 사업안내”, 2019.

보건복지부, “2019년도 돌봄서비스 사업안내”, 2019.

보건복지부, “2019년도 요양보호사 양성지침”, 2019.

보건복지부 요양보험운영과, “노인복지시설 인권보호 및 안전관리지침”, 2017.

(사)보건복지자원연구원, 『서울시 요양보호사 노동실태와 개선방안』, 서울연구원, 2013.

석재은, “장기요양정책과 정부의 역할; 공공성 강화는 어떻게 가능할까?”, 노인 장기요양요험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.

석재은·임정기·전용호·김욱·최선희·이기주·장은진, 『장기요양보험 공공성 강화 방안』, 보건복지부·한국노인복지학회, 2015.

손기영·이소라·양경선·김성오, 『노인 돌봄 근로자 처우개선 방안 연구』, 노사 발전재단·경기비정규직지원센터, 2018.

손미아·손병창·배동철·박종익·이상윤·윤재원, 『요양보호사 근무실태 조사 및 사고성재해 감소방안 연구』, 한국산업안전보건공단, 2017.

송영숙, “재가서비스 공급기관의 역할에 대한 제언”, 노인장기요양보험 전면개

- 혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.
- 송인주, “외국인 요양보호사 증가와 돌봄 노동의 계층화 우려”, 『복지이슈 Today』 vol. 75, 서울시복지재단, 2019.
- 신권철, “‘사회서비스기본법안’에 대한 소고 - 사회서비스 개념을 중심으로”, 서울대사회보장법연구회 2019년 7월 세미나 발표 미간행 논문, 2019.
- 우혜숙·박주월·김영달·박현순·이수민·유금순·김은숙, “서울시 요양보호사 처우 개선 방안 연구”, 서울특별시의회·한국요양보호사협회, 2013.
- 윤지영, “노인장기요양보험법 개정현황과 과제”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.
- 이건복, “요양보호사가 바라본 노인장기요양보험 10년 평가와 개선 요구”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.
- 이용갑·서동민·최태람·김윤영·경승구, 『요양보호사 처우개선 및 수급 안정을 위한 정책과제 개발』, 보건복지부·인천발전연구원, 2015.
- 이화여자대학교 젠더법학연구소 주최, 『돌봄노동은 누구의 몫? 정당한 가치는?』 학술세미나 자료집, 2019. 4. 26.
- 임고은, “특례업종 제외, 인력확충 지원은 부족”, 『월간노동법률』, 중앙경제, 2018. 10.
- 전우석, “커뮤니티 케어의 법적 논의에 관한 우려”, 『복지이슈 Today』 vol. 73, 서울시복지재단, 2019.
- 조막래, “돌봄노동을 대체하는 돌봄노동자의 삶과 쟁점 -서울시 어린이집 대체 교사 근로 실태를 중심으로-”, 이화여자대학교 젠더법학연구소 학술세미나자료집, 2019.
- 최성재, “노인의 이해와 노인복지”, 『가정봉사원의 활동과 실제』, 사단법인 한국재가노인복지협회, 1997.
- 최혜인, “보호받지 못하는 요양보호사”, 『비정규노동』 통권 116호, 2016.
- 통계청, “성별 경제활동인구 총괄”, 2019.
- 통계청, “장래인구추계”, 2010.

통계청, “2016년 고령자통계”, 2016.

통계청, “2018년 고령자통계”, 2018.

하석철, “요양보호사의 기대 임금과 현 임금 간 괴리의 영향 요인”, 이화여자
대학교 젠더법학연구소 학술세미나자료집, 2019.

United Nations, 『World Population Prospects The 2010 Revision』, New York,
2011.

[언론 기사]

경향신문, “우리는 하녀가 아닙니다 요양보호사들의 권리선언”, 2018. 11. 13.

고양신문, “노인 돌봄서비스 개선 위해 종사자 복지수당 마련해야”, 2019. 5. 2.

국민일보, “日, 노령사회 넘어 重노령사회로”, 2018. 3. 19.

노컷뉴스, “요양보호사 노조 ‘표준 시급 인상 등 처우 개선해야’”, 2019. 5. 29.

뉴스프리존, “장기요양기관에도 사회복지시설 임금가이드 라인을 적용해야”,
2018. 11. 27.

뉴시스, “쉬는 날 검진받는 소방관들... 10월부터 공가 쏜다”, 2019. 6. 30.

데일리메디, “법원 조리전담직원, 요양보호사 인정 안돼”, 2019. 5. 18.

매일노동뉴스, “[열악한 노동조건 해매는 요양노동] 위법사항 제재권한 가진 정
부가 나서 달라”, 2018. 3. 21.

매일노동뉴스, “사라진 요양보호사 처우개선비, 단협으로 원상회복”, 2018. 2. 22.

매일노동뉴스, “서울시 사회서비스원 정년 만 60세 계획 철회하라”, 2019. 4. 3.

매일노동뉴스, “서울지역 재가요양보호사 31% 하루 3시간 근무”, 2018. 10. 17.

백세시대, “요양보호사 처우개선 국회토론회, ‘요양보호사, 신입과 10년차 급여
같은 건 불공정’”, 2018. 12. 7.

부천우리신문, “요양보호사, 포괄임금근로계약 관행 금지 촉구”, 2016. 10. 14.

브레이크뉴스, “시민단체 현대판 고려장 된 요양시설 ... 문제는 장기요양보험
제도”, 2018. 11. 27.

아웃소싱타임즈, “정당한 근로대가조차 받을 수 없는 요양보호사.. 처우개선 시

급”, 2018. 12. 17.

에이블뉴스, “65세 장애인활동지원 선택권 복지부 압박”, 2018. 9. 21.

연합뉴스, “‘방문요양보호사는 가정부?’...‘77%, 부당 업무 하고 있다’”. 2018. 11. 30.

연합뉴스, “베이비붐 세대 은퇴 본격화...연금소득세 5년새 25배 ↑”, 2016. 9. 5.

연합뉴스, “서울시, 요양보호사 등 돌봄 종사자 쉼터 3곳 추가”, 2019. 3. 14.

연합뉴스, “재가요양보호사 평균 월급 110만원.... 80%가 전일제 희망”, 2018. 10. 17.

연합뉴스, “최저임금 올라도 열악한 임금 그대로 ... 요양보호사 파업”, 2018. 11. 28.

웰페어뉴스, “장애인활동지원서 노인장기요양 전환, 월 56시간 줄어”, 2018. 10. 29.

웰페어뉴스, “중증장애인의 만 65번째 생일은 또 다른 시설에 갇히는 날”, 2018. 11. 2.

이데일리, “[2019 예산안] 노인 중심 저소득층 지원 강화 ... 기초·장애인연금 인상”, 2018. 8. 28.

인천뉴스, “방문요양서비스노동자 시급 1만2천원 보장해야”, 2019. 4. 2.

쿠키뉴스, “노인장기요양기관에 ‘일자리 안정자금’ 지원된다”, 2019. 1. 15.

쿠키뉴스, “요양보호사 자격시험 합격자 19일 발표”, 2019. 4. 22.

쿠키뉴스, “요양보호사 평균 나이 60세..‘젊은이도 힘든 일’”, 2019. 6. 11.

프레시안, “요양보호사 A씨의 전쟁 같은 나날”, 2012. 7. 9.

프레시안, “재가 요양보호사들의 목소리”, 2012. 7. 10.

한겨레, “[단독] 요양기관 4%만 조사했는데 착복액 ‘152억’ 이르렀다”, 2019. 5. 31.

한겨레, “대법 ‘요양보호사 포괄임금제는 무효’”, 2016. 9. 20.

한겨레, “‘빨리 할멈 돌봐야 하니까’ 팔순에 탄 요양보호사 자격증”, 2019. 5. 20.

한겨레, “얹지 말고 뛰어다녀 CCTV는 요양사도 따라다녔다”, 2019. 5. 15.

한겨레, “어르신 돌보리 방문요양 왔는데... ‘발을 매라고요?’”, 2019. 5. 22.
한겨레, “요양병원 아닌 집에서 어르신 돌볼 수 있도록 지원 넓힌다”, 2018. 2. 13.
한국일보, “빚내고 집 팔고... 문재인 케어에도 ‘간병 파산’ 여전”, 2019. 5. 13.

[인터넷 자료 등]

국립국어원 표준국어대사전. <https://stdict.korean.go.kr>
국회의안정보시스템. <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=034017>
법제처 국가법령정보센터. <http://law.go.kr>
보건복지부 홈페이지. <http://www.mohw.go.kr>
일자리 안정자금 홈페이지. <http://jobfunds.or.kr/>
통계청, 성별 경제활동인구 총괄, 2019. <http://kostat.go.kr/wnsearch/search.jsp>
통계청, 연고용통계. <http://kosis.kr>
한국표준직업분류. https://kssc.kostat.go.kr:8443/ksscNew_web/index.jsp
e-나라지표. http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1428
OECD. <https://www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-korea.htm>

II. 외국문헌

Andrews, Gary R. 『Aged Society and Responses in the World』, World Responses to the Aged Society 10, 2004.
Degiuli, 『Caring for a living』, Oxford University Press, 2016.
Susan Himmelweit, “Caring Labor”, 『THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY』 561, January 1999.
原田啓一郎, “介護人材不足と高齢者の介護保障”, 『法学セミナー』 no.767, 2018.
林弘子, “介護・看護をぐる労働法上の諸問題”, 『月刊・社会保障研究』 Vol.36 No.4, 2001.

Abstract

Legal Status of long-term care workers

Oh, Dai Young

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

The Republic of Korea introduced the long-term care insurance scheme in July 2008. This introduction of the scheme was the state's institutional response to the aging population. At the same time, it was also the state's declaration that it would no longer leave the responsibility of taking care of the elderly to individuals and their families alone, but that the state and the social community as a whole would jointly and publicly bear the social responsibility of taking care of the elderly. Among many players engaged in the long-term care insurance scheme, a long-term care worker provides his/her care service to the elderly at the forefront of the scheme and stands at the center of various relationships surrounding the scheme.

As declared with the introduction of the long-term care insurance scheme, it is the society's responsibility to take care of the elderly, and such social responsibility must be reasonably shared by care providers in a broad sense. First, a long-term care institution's role is not limited to a mere execution of a contract of providing long-term care benefits to a beneficiary; it must fulfill its roles as a care provider by hiring and educating capable long-term care workers, and directing and supervising the payment of salary to those workers'

care provision, so that beneficiaries would be able to receive benefits of a good quality. A long-term care worker must provide his/her beneficiaries with adequate benefits necessary for them based on his/her knowledge and experience. In other words, the long-term care institutions and long-term care workers get to engage in their work within the system of the state-established long-term care insurance scheme and the framework set out in the regulations. Accordingly, the state, after all, has the ultimate responsibility of properly setting up, regulating and supporting the scheme and regulations.

With the belief that it would be important to review (i) a long-term care worker's legal relationships with other players within the long-term care insurance scheme and (ii) the legal status of long-term care workers in order to ensure the sustainable development of the long-term care insurance scheme, this study has reviewed a long-term care worker's relationship with a long-term care institution, relationship with his/her beneficiary and the beneficiary's family, and relationship with the state and a local government, one after another.

First, the relationship between a long-term care worker and a long-term care institution is the contractual relationship under the employment contract. Accordingly, a long-term care institution, as an employer of a long-term care worker, is responsible for performing its obligations under various labor related statutes, including the Labor Standards Act enacted to protect employees. Still, there are many cases where long-term care institutions fail to perform their responsibilities as an employer. However, a long-term care worker, as an employee, must be protected under labor related statutes.

However, to look into a long-term care worker's caregiving work to older persons, it is not sufficient to take a look at a care worker's service only from the perspective of protecting a long-term care worker as an employee in the relationship with a long-term care institution (the care worker's employer). We

also have to consider a long-term care worker's complex relationship with his/her beneficiary, who needs to be taken care of by the care worker and thereby is at a vulnerable position, on the one hand, but who is also able to exercise the right to choose in regard to a long-term care worker and compels the care worker to do things beyond his/her scope of work, on the other hand. There is no direct contractual relationship between a long-term care worker and a beneficiary, and the long-term care worker is an employee of a long-term care institution and is not an employee of the beneficiary. Nevertheless, there are many cases where a beneficiary or the beneficiary's family member mistakenly believe that a long-term care worker is an employee that they hired, i.e. a housekeeper, and such understanding gives rise to many issues, e.g. they would demand a long-term care worker to do things other than their scope of work, etc. The beneficiary's right to choose is intended for enhancing the quality of benefits given to a beneficiary and for protecting the interest of a beneficiary at a vulnerable position, and such positive functions of the beneficiary's right would surely have to be respected. Still, beneficiaries and their family members are also required to have a better understanding of the scope of their exercise of the right to choose and a clear limit to it. In addition, one should not overlook the needs (i) to provide the beneficiaries with sufficient information and education, (ii) to promote active communication between the beneficiaries and long-term care workers and (iii) to develop a sound long-term care institution, in order to prevent the beneficiaries' right to choose from ending up being a nominal and perfunctory right.

Meanwhile, the public nature of the long-term care insurance scheme is required to expand further to improve the quality of long-term care benefits and to enhance the quality of life of a long-term care worker who, in practice, provides the beneficiaries with long-term care benefits. That is

because it is difficult to expect that a small scale private long-term care institution would engage in a fierce competition for improving the quality of benefits provided to the beneficiaries and would guarantee job security to its long-term care workers. Socialization of the service of taking care of the elderly based on the long-term care insurance scheme means that that the state and the entire society would take a responsibility for taking care of the elderly. Accordingly, the state and local governments would be required to make proactive efforts to further expand the partial progress made up to now for the socialization of the responsibility of taking care of the elderly.

Long-term care is not a personal matter that should be handled by an individual or a family but a public matter that our society as a whole should be responsible for. The work of taking care of others has its own distinct feature, that the work would be done for a person, as an end in him/herself, and by a person, unlike other types of work, the purpose of which would be to complete a job or to process a task, etc. Therefore, key assignments in this kind of care giving work should be 'to treat a person as a person should be treated', and 'to respect a life as a life should be valued'. It is not necessary to emphasize that the targets of the above assignments should include not only the beneficiaries who need to be taken care of but also long-term care workers who take care of the beneficiaries.

Keywords : taking care of the elderly, Long-Term Care Insurance Act, long-term care worker, right to choose, strengthening a public responsibility, the right to be taken care of

Student Number : 2009-30346

Abstract

Legal Status of long-term care workers

Oh, Dai Young

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

The Republic of Korea introduced the long-term care insurance scheme in July 2008. This introduction of the scheme was the state's institutional response to the aging population. At the same time, it was also the state's declaration that it would no longer leave the responsibility of taking care of the elderly to individuals and their families alone, but that the state and the social community as a whole would jointly and publicly bear the social responsibility of taking care of the elderly. Among many players engaged in the long-term care insurance scheme, a long-term care worker provides his/her care service to the elderly at the forefront of the scheme and stands at the center of various relationships surrounding the scheme.

As declared with the introduction of the long-term care insurance scheme, it is the society's responsibility to take care of the elderly, and such social responsibility must be reasonably shared by care providers in a broad sense. First, a long-term care institution's role is not limited to a mere execution of a contract of providing long-term care benefits to a beneficiary; it must fulfill its roles as a care provider by hiring and educating capable long-term care workers, and directing and supervising the payment of salary to those workers'

care provision, so that beneficiaries would be able to receive benefits of a good quality. A long-term care worker must provide his/her beneficiaries with adequate benefits necessary for them based on his/her knowledge and experience. In other words, the long-term care institutions and long-term care workers get to engage in their work within the system of the state-established long-term care insurance scheme and the framework set out in the regulations. Accordingly, the state, after all, has the ultimate responsibility of properly setting up, regulating and supporting the scheme and regulations.

With the belief that it would be important to review (i) a long-term care worker's legal relationships with other players within the long-term care insurance scheme and (ii) the legal status of long-term care workers in order to ensure the sustainable development of the long-term care insurance scheme, this study has reviewed a long-term care worker's relationship with a long-term care institution, relationship with his/her beneficiary and the beneficiary's family, and relationship with the state and a local government, one after another.

First, the relationship between a long-term care worker and a long-term care institution is the contractual relationship under the employment contract. Accordingly, a long-term care institution, as an employer of a long-term care worker, is responsible for performing its obligations under various labor related statutes, including the Labor Standards Act enacted to protect employees. Still, there are many cases where long-term care institutions fail to perform their responsibilities as an employer. However, a long-term care worker, as an employee, must be protected under labor related statutes.

However, to look into a long-term care worker's caregiving work to older persons, it is not sufficient to take a look at a care worker's service only from the perspective of protecting a long-term care worker as an employee in

the relationship with a long-term care institution (the care worker's employer). We also have to consider a long-term care worker's complex relationship with his/her beneficiary, who needs to be taken care of by the care worker and thereby is at a vulnerable position, on the one hand, but who is also able to exercise the right to choose in regard to a long-term care worker and compels the care worker to do things beyond his/her scope of work, on the other hand. There is no direct contractual relationship between a long-term care worker and a beneficiary, and the long-term care worker is an employee of a long-term care institution and is not an employee of the beneficiary. Nevertheless, there are many cases where a beneficiary or the beneficiary's family member mistakenly believe that a long-term care worker is an employee that they hired, i.e. a housekeeper, and such understanding gives rise to many issues, e.g. they would demand a long-term care worker to do things other than their scope of work, etc. The beneficiary's right to choose is intended for enhancing the quality of benefits given to a beneficiary and for protecting the interest of a beneficiary at a vulnerable position, and such positive functions of the beneficiary's right would surely have to be respected. Still, beneficiaries and their family members are also required to have a better understanding of the scope of their exercise of the right to choose and a clear limit to it. In addition, one should not overlook the needs (i) to provide the beneficiaries with sufficient information and education, (ii) to promote active communication between the beneficiaries and long-term care workers and (iii) to develop a sound long-term care institution, in order to prevent the beneficiaries' right to choose from ending up being a nominal and perfunctory right.

Meanwhile, the public nature of the long-term care insurance scheme is required to expand further to improve the quality of long-term care benefits

and to enhance the quality of life of a long-term care worker who, in practice, provides the beneficiaries with long-term care benefits. That is because it is difficult to expect that a small scale private long-term care institution would engage in a fierce competition for improving the quality of benefits provided to the beneficiaries and would guarantee job security to its long-term care workers. Socialization of the service of taking care of the elderly based on the long-term care insurance scheme means that the state and the entire society would take a responsibility for taking care of the elderly. Accordingly, the state and local governments would be required to make proactive efforts to further expand the partial progress made up to now for the socialization of the responsibility of taking care of the elderly.

Long-term care is not a personal matter that should be handled by an individual or a family but a public matter that our society as a whole should be responsible for. The work of taking care of others has its own distinct feature, that the work would be done for a person, as an end in him/herself, and by a person, unlike other types of work, the purpose of which would be to complete a job or to process a task, etc. Therefore, key assignments in this kind of care giving work should be 'to treat a person as a person should be treated', and 'to respect a life as a life should be valued'. It is not necessary to emphasize that the targets of the above assignments should include not only the beneficiaries who need to be taken care of but also long-term care workers who take care of the beneficiaries.

Keywords : taking care of the elderly, Long-Term Care Insurance Act, long-term care worker, right to choose, strengthening a public responsibility, the right to be taken care of

Student Number : 2009-30346